Die allgemeine Unterlassungsklage gegen unerlaubte und besonders gegen „strafbare“ Handlungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Karl Goldschmidt

Referendar in Frankfurt am Main.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Frankfurt am Main

Druckerei Louis Golde

1914.

Berichterstatter:

Professor Dr. Franz Leonhard.

Meinen Eltern.

Literatur-Verzeichnis.

Biermann, Sachenrecht, Berlin, 2. Auflage 1913.
v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (in der Festgabe für Güterbock, Berlin 1910, S. 383 ff.).
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Delius, Gibt es eine Klage auf Unterlassung, wenn die zu unterlassende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist? (J. W. 1913, S. 6 ff.).
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 3./4. Aufl.
Eltzbacher, Die Unterlassungsklage (Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes), Berlin 1906.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Allgem. Teil, 9./12. Auflage 1913, II. Schuldverhältnisse, 6./8. Auflage 1911/12.
Fischer, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 60, S. 550 ff. (Besprechung von Lehmann und Eltzbacher.)
Fuld, Unterlassungsklage und Schadensersatzklage (Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 12, S. 257 ff.).
Fischer-Henle, BGB, 8. Auflage 1909.
Hedemann, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 31, Zivilistische Rundschau (Besprechung von Eltzbacher und Lehmann).
Hellwig, Anspruch und Klagerecht.
— — Lehrbuch des Zivilprozesses.
Isay, Patentgesetz, 1911.
Jacobsohn, Die Unterlassungsklage, Berlin 1912.
Kent, Patentgesetz.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I und II.
Langheineken, Anspruch und Einrede.
Lau, Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB (Gruchots Beiträge, Bd. 47, S. 497).
Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906.
Lesser, Die Unterlassungsklage bei unerlaubten Handlungen (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 38, S. 102 ff.).
v. Lippmann, Zur Frage der Unterlassungsklage (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 75. Jahrgang, S. 125 ff.).
Lobe, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung.
Mannhardt, Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten (D. J. Z., 1903, S. 416 f.).
Maschke, Boykott, Sperre und Absperrung, Jena 1911.
Oertmann, Kommentar zum Allgemeinen Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 1908/10.
— — Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen (D. J. Z., 1904, S. 616 ff.).
Pinner-Eyck, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1909.
Planck, Kommentar zum BGB, 3. Auflage.
Rosenthal, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1913.

Rosenthal, Die Beweislast für die Wiederholungsgefahr bei der Unterlassungsklage (Leipziger Zeitschrift, 1911, S. 888 ff.).
Schmitt, Unterlassungsklage und Strafverfolgung bei unlauterem Wettbewerb (J. W., 1913, S. 669).
Silber, Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht.
Standinger, Kommentar zum BGB, 5./6. Auflage.
Stephan, Die Unterlassungsklage, 1908, München.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des BGB.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 92, 1892, S. 1 ff.).
Wolff, Sachenrecht.
Das BGB, Kommentar von Reichsgerichtsräten, 1913.
Niemann,[1]) Ansprüche bei drohendem Schaden (insbesondere die sogenannte allgemeine Unterlassungsklage). Diss. Marburg, 1914.
Ettlinger,[1]) Die Unterlassungsklage, ihre Geschichte, Begründung und wirtschaftliche Bedeutung. Diss. Marburg, 1914.

[1]) Diese beiden Abhandlungen sind mir erst nach Fertigstellung meiner Arbeit zugänglich geworden.

Inhalt.

I. Kapitel.

Seite

Einleitende Betrachtungen über die Unterlassungsklage im allgemeinen.

§ 1. Plan der Arbeit 1
§ 2. Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Unterlassungsklage 3
§ 3. Die einzelnen im geltenden Gesetz erwähnten Unterlassungsklagen 7
§ 4. Verschiedene Auffassungen über das Wesen der Unterlassungsklage. Problemstellung 11

II. Kapitel.

Versuche der Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen.

A. Unterlassungsklage auf Grund objektiv rechtswidriger Eingriffe.

§ 5. Das Reichsgericht und die ihm nahestehenden Schriftsteller 16
§ 6. Eltzbachers Theorie 21
§ 7. Die Theorie der Persönlichkeitsrechte. Versuche der Erweiterung des Kreises der absoluten Rechte durch Anerkennung von Persönlichkeitsrechten 25
§ 8. Hellwig 26

B. Die Unterlassungsklage als Erscheinungsform der Schadensersatzklage.

§ 9. Ihre Begründung im allgemeinen 28
§ 10. Der Kreis der Anwendungsfälle und die Voraussetzungen dieser Unterlassungsklage 35

III. Kapitel.

Frage der Zulässigkeit der Unterlassungsklage gegen Handlungen, die durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt sind.

§ 11. Ansicht des Reichsgerichts 42
§ 12. Eigene Ansicht 46

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0044

1. Kapitel:

Einleitende Betrachtungen über die Unterlassungsklage im allgemeinen.

§ 1 Plan der Arbeit.

Im BGB und den anderen Reichszivilgesetzen ist die Unterlassungsklage d. h. die Klage auf Unterlassung künftiger rechtswidriger Eingriffe nur in einigen bestimmten Sonderfällen ausdrücklich gegeben und geregelt. Dies ist dadurch zu erklären, dass der Gesetzgeber sein Augenmerk bedeutend mehr auf die ausgleichenden als auf die vorbeugenden Rechtsschutzmittel gerichtet hat. Während man in früheren Zeiten, als das Verkehrsleben noch nicht so sehr entwickelt war wie heute, im allgemeinen auch recht gut mit den ausgleichenden Rechtsschutzmitteln, besonders den Erfüllungs- und Schadenersatzklagen auskam und das Bedürfnis nach Rechtsschutzmitteln gegen künftig drohende Rechtsverletzungen im Zivilrecht sehr gering war, wird dieses Bedürfnis bei dem ungeheuren Aufschwung unseres Wirtschaftslebens in den letzten 40 Jahren immer stärker fühlbar. Das hat man denn auch allgemein erkannt, und so haben Rechtssprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung in letzter Zeit eifrig daran gearbeitet und gleichmässig dazu beigetragen, das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage zu erweitern und ihr in der Rechtsordnung eine gesicherte Stelle zu geben. Dabei ging man von dem Gedanken aus, dass es heute. besonders bei dem durch den Aufschwung des Wirtschaftslebens bedingten Umfang des Konkurrenzkampfes, der leider nur zu oft mit nicht einwandfreien Mitteln arbeitet, ein nicht zu verkennendes Rechtsschutzbedürfnis ist, nicht stets erst abwarten zu müssen, bis ein Recht oder Rechtsgut verletzt ist, um dann auf Schadensersatz klagen zu können, sondern dass es ein Mittel geben muss, von vornherein ernstlich drohenden Eingriffen in der Zukunft vorzubengen. Von diesem Gesichtspunkt ging das Reichsgericht aus, das seit Einführung des BGB in ununterbrochener Rechtssprechung ganz allgemein die Unterlassungsklage gegen alle unerlaubten Handlungen i. S. der §§ 823 ff. BGB zugelassen hat,

obwohl sie dort nicht ausdrücklich gegeben ist. Wenn das Reichsgericht auch nicht immer denselben Standpunkt hinsichtlich der Voraussetzungen und des Anwendungsgebietes der Unterlassungsklage eingenommen hat, so hat es doch das Verdienst, dieses überaus wichtige Institut zu einem starken Faktor unseres Rechtslebens gemacht zu haben. Die Wissenschaft hat sich heute mit wenigen Ausnahmen der einen oder anderen Ansicht des Reichsgerichts, — allerdings mit den verschiedensten Begründungen — angeschlossen. Die Gesetzgebung hat dem oben erörterten allgemein zu Tage getretenen Bedürfnis in letzter Zeit in weitgehendem Masse Rechnung getragen, indem sie in § 1 des neuen UWG von 1909 die Unterlassungsklage als allgemeines Schutzmittel gegen jede unlautere Wettbewerbshandlung anerkannt hat. Allein es fallen naturgemäss lange nicht alle häufig vorkommenden Rechtsverletzungen unter dieses Gesetz, und es bleibt daher die durch das Reichsgericht für das BGB und die übrigen Zivilgesetze geschaffene Rechtsübung weiterhin von der grössten Bedeutung.

Neuerdings hat das Reichsgericht die allgemeine Zulässigkeit der Unterlassungsklage wieder etwas einzuschränken versucht. Es ging dabei von dem Gedanken aus, dass ein Rechtsschutzbedürfnis nach der Unterlassungsklage dann nicht gegeben sei, wenn die in der Zukunft drohende rechtswidrige Handlung schon durch Gesetz mit einer öffentlichen Strafe genügend bedroht sei. In diesen Fällen will es die Unterlassungsklage versagen. In der Literatur hat diese Ansicht des Reichsgerichts lebhaften Widerspruch hervorgerufen. Die Fälle aber, in denen eine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB zugleich gegen ein Strafgesetz verstösst, sind überaus häufig. Die Frage nach der Zulässigkeit der Unterlassungsklage in diesen Fällen erscheint daher von grosser Bedeutung; sie hat den Anlass zu der vorliegenden Arbeit gegeben. Da aber über Wesen und Anwendung der Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen überhaupt in Wissenschaft und Rechtssprechung noch die grössten Meinungsverschiedenheiten bestehen, so soll zunächst diese allgemeine Frage erörtert werden. Ihre prinzipielle Klarstellung wird zugleich eine sichere Grundlage für die Lösung der neuerdings vom Reichsgericht angeschnittenen Frage bilden. Es dürfte daher hier zunächst ein Ueberblick über die wichtigsten der über die Unterlassungsklage im allgemeinen aufgestellten Theorieen und ihre kritische Beleuchtung am Platze sein.

Somit sind in wesentlichen die Richtlinien für die vorliegende Arbeit gegeben. Bei einem noch so stark in der Entwicklung begriffenen Institut, wie es die Unterlassungsklage ist, empfiehlt es sich natürlich, zunächst einen Ueberblick über seine Geschichte zu geben. Daraufhin soll auf die im Gesetz schon geregelten Fälle kurz eingegangen und der Versuch gemacht werden, die ihnen zu

Grunde liegenden gemeinsamen Gedanken herauszuschälen. Auf dieser Grundlage ist dann die Frage nach einer allgemeinen Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen zu prüfen. Hierbei ist besonders zu untersuchen, wie stets, wenn das Gesetz ein Institut nur in einzelnen Fällen regelt, ob diesen ein allgemeines Prinzip zu Grunde liegt, das der Ausdehnung auf analog liegende Fälle zugänglich ist, und ev. wie weit es eine analoge Anwendung zulässt, oder ob es gerade nur aus dem Grunde in einzelnen Fällen geregelt ist, weil es eben nur für diese Fälle angewendet werden soll (argumentum e contrario). Erst nach Entscheidung dieser allgemeinen Frage wird sich dann unsere Specialfrage nach der Zulässigkeit der privatrechtlichen Unterlassungsklage neben der öffentlichrechtlichen Strafandrohung auf sicherer Grundlage beantworten lassen.

§ 2. Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Unterlassungsklage.[1])

1. Schon das römische Recht kannte zum Schutze einzelner Privatrechte Klagen, die den Berechtigten vor weiteren Beeinträchtigungen sichern sollten. So waren vor allem die dinglichen Rechte geschützt. Gegenüber Störungen des Eigentums, die nicht in Besitzentziehung bestanden, konnte der Eigentümer die actio negatoria anstrengen[2]), und zwar hauptsächlich gegen den, der sich eine Servitut an dem Eigentum anmasste, aber auch gegen jeden anderen Störer des Eigentums. Entsprechend war der Servitutenberechtigte gegen jeden Störer durch die actio confessiora geschützt.[3]) Dem Superficiar[4]), dem Emphyteuta und dem Pfandgläubiger[5]) stand die actio negatoria utilis zur Seite, und endlich demjenigen, der die Stellung des Eigentümers, Servituteninhabers usw. durch redlichen Erwerb erlangt hatte, die actio Publiciana.[6]) Ebenso waren noch eine Reihe anderer Rechte, vor allem der Besitz durch das interdictum uti possidetis und das interdictum utrubi, ferner die väterliche Gewalt und die Stellung des Mannes zur Frau und endlich ein Forderungsrecht auf Duldung des Betretens des

[1]) Die folgende Darstellung schliesst sich im wesentlichen an Eltzbacher (I. Kapitel, S. 5 bis 72) und Stephan (§§ 2 bis 4 an).

[2]) L 12 D 8, 5; l 7 D 8, 5; l 5 § 6 D 7, 6.

[3]) L 5 § 6 D 7, 6; l 7 D, 8, 5.

[4]) L 3 § 3 D 39. l 16 D 8, 1.

[5]) L 9 D 39.

[6]) L 4 J 4, 6; l 13 § 3 D 6, 2.

[7]) L 17, § 2 D 8, 2, l 14 pr D. 8, 5.

Grundstücks durch Actionen auf Grund prohibitorischer Interdicte geschützt.

Soweit diese Klagen sich gegen zukünftige Störungen richteten, hatten sie stets zur Voraussetzung, dass bereits eine Verletzung tatsächlich stattgefunden hatte, denn sie richteten sich in erster Linie gegen begangene Verletzungen. Sie hatten zugleich aber auch die Gefahr künftiger Beeinträchtigungen zur Voraussetzung, da sie sonst überhaupt keinen Sinn gehabt hätten.

Alle diese Klagen bezweckten nicht in erster Linie, sondern nur nebenher die Unterlassung künftiger Störungen. So ging die actio negatoria zunächst auf Feststellung der Freiheit des Eigentums von etwa angemassten Lasten (pronuntiato), dann auf die Beseitigung der Beeinträchtigung[1]) nebst Ersatz des dem Kläger durch diese verursachten Schadens[2]) und erst letzten Endes gegen etwa zu befürchtende weitere Störungen.[3]) Ähnlich war es auch mit den anderen Klagen. Aber auch soweit sie sich gegen zukünftige Beeinträchtigungen richteten, gingen sie nicht unmittelbar auf Unterlassung, vielmehr wurde der Beklagte zur Zahlung einer Geldsumme, der vom Kläger durch Eid zu bestimmenden litis aestimatio, verurteilt, falls er sich nicht freiwillig zur Leistung der cautio de non amplius turbando verstand, d. h. zu dem Verbalversprechen einer gerichtlich bestimmten Strafsumme für künftige Verletzungen. Klagantrag und Urteil bezweckten mithin nicht unmittelbar den Ausspruch der Verpflichtung zur Unterlassung, sondern gingen unmittelbar auf eine Geldsumme wie alle Zivilklagen im klassischen römischen Recht nach dem Satz: omnis condemnatio pecuniaria esto, weil das römische Recht keine Mittel zur Zwangsvollstreckung anderer als Geldverpflichtungen kannte, aber die Klage ging doch mittelbar schliesslich auf die Unterlassung selbst. Wenn das römische Recht somit auch keine Unterlassungsklage im heutigen Sinne d. h. eine Klage, die ein Verbot weiterer Störungen an den Beklagten herbeiführen soll, kannte, so wurde doch das gewünschte Ziel auf dem beschriebenen Umweg in den meisten Fällen sicher erreicht.

Das Interdictenverfahren (gegen Besitzstörungen usw.) unterschied sich im Justinianischen Recht nicht mehr von dem gewöhnlichen Actionenverfahren, während es im klassischen römischen Recht eine besondere Verfahrensart war, die unserer einstweiligen Verfügung mit nachfolgendem ordentlichen Verfahren ähnlich war.

Aus der geringen Bedeutung, die der vorbeugende Rechtsschutz für einen weniger entwickelten Verkehr hat, ist es zu erklären, dass das römische Recht nur in wenigen Einzelfällen Rechtsschutzmittel gegen zukünftige Störungen gab, und dass die

[1]) L 17 § 2 D 8 2; l 29 D 8, 2.
[2]) L 12, D 8, 5, 17 ibidem.

diesen Fällen zugrunde liegenden Unterlassungspflichten meist nur als Nebenverpflichtung anerkannt waren.

2. Das deutsche Recht kannte vor der Reception ebenfalls infolge mangelnden Verkehrbedürfnisses die Unterlassungsklage noch nicht in ihrer heutigen Form. Da es jedoch im deutschen Recht keine geschlossene Reihe von Klagetypen gab, wie im römischen Recht, so tritt hier die Frage nach der Form ganz hinter die Frage nach dem Inhalt der Unterlassungsklage zurück[1]).

Materiell ist das Recht der Unterlassung reicher entwickelt als im römischen Recht, und zwar besonders durch die zahlreichen Eigentumsbeschränkungen und Duldungs- und Unterlassungspflichten infolge der Dreifelderwirtschaft. Auch aus den vielen Regalien, Zwangs- und Bannrechten ging eine grosse Anzahl von Untersagungsrechten hervor.

Selbständige vertragliche Unterlassungspflichten waren im deutschen Recht fast gänzlich unbekannt. Dagegen traten sie häufig als Begleiterscheinung von positiven Verpflichtungen auf, so vor allem bei dem meist den Abschluss eines Prozesses bildenden Urteilserfüllungsgelöbnis,[2]) durch das der Beklagte die Zahlung einer Geldstrafe versprach, falls er dem Urteil zuwiderhandelte.

In der späteren Zeit wurden die Unterlassungspflichten nicht nur durch Vertragsstrafen geschützt, sondern die Staatsgewalt sorgte selbst für ihre Durchführung durch Verhängung des Königsbannes und namhafter Geldbussen, die zum Teil dem Fiskus, zum Teil dem Geschädigten ausgezahlt wurden.

3. Das gemeine Recht fand zur Zeit der Reception einen guten Boden für die Unterlassungsklage vor. Das gesamte römische Recht wurde auf diesem Gebiete recipiert, eine Reihe von Unterlassungsklagen wurde erweitert und andere wurden vom deutschen Rechte beibehalten oder kamen neu hinzu, besonders zum Schutze der Rechte an unkörperlichen Gütern z. B. des Namens und der ausschliesslichen Gewerbeberechtigung. Auch zum Schutze einzelner Forderungen, so der vertraglichen Forderung auf Unterlassung einer bestimmten Gewerbetätigkeit wurden durch Klagen geschützt. Alle diese neuen Unterlassungsklagen beruhten auf Gewohnheitsrecht.

Der Gedanke einer allgemeinen Unterlassungsklage tauchte zwar schon hin und wieder in einzelnen Entscheidungen auf,[3]) war aber ohne Einfluss auf Praxis und Wissenschaft.

Die Voraussetzungen blieben dieselben wie im römischen Recht. Doch wurde ganz vereinzelt angenommen, dass es z. B. zur Begründung des Interdictum uti possidetis nicht nötig sei, dass bereits

[1]) Vgl. Stephan S. 11.
[2]) Vgl. Stephan S. 14.
[3]) Z. B. Seuff. Arch. Bd. 9 No. 267. Windscheid § 198.

eine Störung begangen sei (Seuff. Arch. Bd. 32 No. 302) oder dass es wenigstens genügte, wenn eine Störung drohe. [1]).

Das Ziel der Unterlassungsklage wurde dagegen allmählich völlig umgestaltet.

Schon im Anfang des 17. Jahrhunderts war die Unterlassungsklage ganz allgemein darauf gerichtet, dass das Gericht dem Beklagten die Unterlassung künftiger Verletzung unmittelbar gebot und ihm Gelobung einer Strafsumme für den Fall der Zuwiderhandlung, die frühere cautio de non amplius turbando, auferlegte, sodass es nicht mehr des Umwegs über die litis aestimatio bedurfte.[2])

Das Missliche bestand aber immer noch darin, dass die Gelobung der Strafsumme von dem freien Willen des Beklagten abhing, da man ihn nicht zu ihr zwingen konnte. Aus diesem Grunde ging man schliesslich ungefähr am Ende des 18. Jahrhunderts dazu über, im Urteil das Verbot künftiger Störung auszusprechen und dem Beklagten für den Fall der Zuwiderhandlung unmittelbar, ohne dass er es zu geloben brauchte, eine an den Fiskus zu zahlende Geldstrafe aufzuerlegen. So erkannte man im Anfang des 19. Jahrhunderts einfach auf Unterlassung bei Vermeidung einer Strafe.[3]) Ursprünglich fiel die Geldstrafe zum Teil an den Fiskus und zum Teil an den Geschädigten, schliesslich an den Fiskus allein.

IV. Die deutschen Partikularrechte hatten im allgemeinen dieselbe Regelung der Unterlassungsklage wie das gemeine Recht. Im Bereiche des Code civil, der sich über die Unterlassungsklage vollständig ausschweigt, wurde ihr durch die Praxis ein sehr grosses Anwendungsgebiet bereitet, sie wurde besonders stark zum Schutze der Rechte an unkörperlichen Gütern entwickelt. Abweichend von der allgemeinen Regel enthielten die Urteile in Unterlassungsklagen zum Schutze von Forderungen im Gebiete des Code civil keine Strafandrohung, sie waren daher nicht vollstreckbar, und zwar weil kein persönlicher Zwang auf die Schuldner ausgeübt werden sollte.

Vereinzelt dachte man auch schon daran, die Unterlassungsklage in gewissen Fällen als Erscheinungsform der Naturalrestitution zu verwerten.

V. Das Reichsrecht hat schon vor der Einführung des BGB zu der Weiterentwicklung der Unterlassungsklage beigetragen, so wurde sie u. a. im HGB von 69 zum Schutze des Firmenrechts und im UWG von 1896 zum Schutze des Gewerbetreibenden in seinen Absatzbeziehungen gegeben; dann hat vor allem die Praxis

[1]) Seuff. Arch. Bd. 9 No. 260. Bd. 12 No. 247, Bd. 28 No. 200, Bd. 31, No. 304.

[2]) Vgl. Carpzow, Responsa, lib.-resp. 60 No. 21 u. 22.

[3]) Seuff, Arch. Bd. 8 No. 49, Bd. 9 No. 267.

eine Reihe von Unterlassungsklagen zugelassen, die vom Gesetz nicht geregelt waren z. T. im Wege der Analogie z. T. unter Berufung auf den Satz, dass eine Unterlassungsklage überall da gegeben sei, wo ein unerlaubtes Handeln bereits stattgefunden habe und seine Wiederholung drohe. Hauptsächlich bildete sich aber ein Reichsgewohnheitsrecht, das die Unterlassungsklage zum Schutze aller Rechte an unkörperlichen Dingen zuliess. Ziel der Unterlassungsklage war das Verbot künftiger Störungen und auf Verlangen Androhung einer Strafe und zwar entweder einer Geld- oder einer Haftstrafe.

Wir sehen somit, dass die Unterlassungsklage aus kleinen Anfängen heraus sich entsprechend dem immer grösser werdenden Verkehr sowohl in materieller wie formeller Beziehung immer mehr entwickelt und vervollkommnet hat, dass aber von der Anerkennung einer allgemeinen Unterlassungsklage bis zur Einführung des BGB nicht die Rede sein kann[1]), wenn auch der Gedanke vereinzelt schon vorher aufgetaucht sein mag.

§ 3. Die einzelnen im geltenden Gesetz erwähnten Unterlassungsklagen.

Das jetzt geltende Reichscivilrecht gewährt zum Schutz einer grossen Anzahl von Rechten einzelne Unterlassungsklagen. So gewährt vor allem das BGB die Unterlassungsklage ausdrücklich zum Schutze fast aller dinglichen Rechte:

§ 1004 BGB gibt die Unterlassungsklage zum Schutze des Eigentums: „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist".

Diese Unterlassungsklage findet entsprechende Anwendung, zum Schutze des Erbbaurechts nach § 1017 BGB, der Grunddienstbarkeiten nach § 1027 BGB, des Niessbrauchs an einer Sache nach § 1065 BGB, der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nach § 1090 BGB und des Mobiliarpfandes nach § 1227 BGB. Die betreffenden Gesetzesstellen verweisen entweder unmittelbar auf § 1004 BGB oder allgemein auf die Vorschriften über das Eigentum.

Zum Schutze der Hypothek gewährt § 1133 BGB die Unterlassungsklage, wenn der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise einwirkt, dass eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu be-

[1]) A. A. Ettlinger S. 14.

sorgen ist. Gemäss §§ 1107, 1192 BGB findet diese Vorschrift zum Schutze der Reallasten und der Grundschuld entsprechende Anwendung.

Ferner ist auch der Besitz, der ja neuerdings fast allgemein als Recht und zwar als provisorisches Sachenrecht aufgefasst wird.[1]) durch die Unterlassungsklage geschützt. Nach § 862 BGB hat der Besitzer gegen Störungen durch verbotene Eigenmacht das Recht auf Beseitigung und bei Besorgnis weiterer Störungen die Unterlassungsklage. Gleiches gilt nach § 1029 BGB für den Besitz der Grunddienstbarkeiten, und nach § 1090 BGB zum Schutze des Besitzes der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Weiterhin ist die Zulässigkeit der Unterlassungsklage zum Schutze einzelner anerkannter (ebenfalls absoluter) Personenrechte ausdrücklich ausgesprochen. § 12 BGB gibt die Beseitigungsklage, wenn das Recht zum Gebrauch eines Namens von einem anderen bestritten oder durch unbefugten Gebrauch des gleichen Namens verletzt wird, und bei Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen die Unterlassungsklage. § 37 II HGB gibt die Unterlassungsklage gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma. § 37 HGB spricht zwar nur davon, dass der Berechtigte die Unterlassung der Firma verlangen kann, es unterliegt aber keinem Zweifel, dass das nur auf einer ungenauen Ausdrucksweise des Gesetzes beruht, und dass in § 37 HGB die Unterlassungsklage gegeben werden sollte.

Ein sehr weites Anwendungsgebiet ist der Unterlassungsklage, wie schon erwähnt, durch § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 geschaffen worden. Dieser lautet: „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden." Ausserdem ist in § 3 und in § 13 für Zuwiderhandlungen gegen die §§ 6, 8, 10, 11, 12 die Unterlassungsklage nochmals ausdrücklich gegeben. Nach § 13 steht die Unterlassungsklage neben den verletzten oder gefährdeten Gewerbetreibenden auch den Interessenverbänden zu, die aber für unsere Frage nicht in Betracht kommen können, da sie ja selbst nicht gefährdet sein können. Soweit es sich um die Interessenten selbst handelt, ist aber wohl anzunehmen, dass hier durch die Unterlassungsklage ebenfalls ein Recht geschützt werden sollte, nämlich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das wird zwar von einigen Seiten noch stark bestritten, ist aber wohl in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht[2]) und der herrschenden Meinung in der Literatur als richtig anzuerkennen, gerade mit Rücksicht auf den privatrecht-

[1]) Vgl. z. B. Wolff (Sachenrecht 1913) S. 10 u. S. 13.

[2]) RG 48^{114}. 56^{271}, 58^{24}, 64^{52}, 65^{210} und RG in JW 05; 174^{15}; 08, 133^{1} 572^{2}; 13, 34^{33}.

lichen Schutz, den das gewerbliche Unternehmen durch die Generalklausel des § 1 UWG erfahren hat.

In den bisher erwähnten Fällen ist die Unterlassungsklage immer zum Schutze eines absoluten Rechtes gegeben. Nun sind durch die Reichsgesetzgebung eine grosse Reihe von weiteren absoluten Rechten nämlich die Immaterialgüterrechte geschaffen worden, zu deren Schutz im Gesetz die Unterlassungsklage nicht ausdrücklich gegeben ist. So gewähren das Patentgesetz vom 7. April 1891 in § 4, das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 in § 12, das Gesetz zum Schutze der Gebrauchsmuster vom 1. Juni 1891 in § 4, das Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 in § 9, das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901 in § 11, das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und Photographie vom 9. Januar 1907 in § 13, das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876 in § 1, ausdrücklich ausschliessliche d. h. absolute Rechte an den jeweils geschützten Rechtsgütern. Wenn auch alle diese Gesetze von der Unterlassungsklage zum Schutze der von ihnen geschaffenen absoluten Rechte nichts erwähnen, so ergibt sich doch aus dem Umstand, dass sie die von ihnen gegebenen Befugnisse ausdrücklich zu absoluten Rechten erklären m. E. ohne Zweifel, dass diese wie alle absoluten Rechte behandelt und geschützt werden sollen. Aus den oben erwähnten Fällen, besonders aus dem BGB ergibt sich aber ganz klar das Princip, dass alle absoluten Rechte gegen künftige Verletzungen durch die Unterlassungsklage geschützt werden sollen. So hat man denn auch weder in Theorie[2]) noch Praxis[3]) irgendwelche Bedenken getragen, die Unterlassungsklage zum Schutze der Immaterialgüterrechte anzuwenden. M. E. bedarf man hierzu gar nicht des Weges der Analogie, sondern es ergibt sich dies als unbedingte Folge der ausschliesslichen Herrschaft über das Geistesprodukt. Es kann m. E. gar keinen anderen Sinn haben, wenn diese Gesetze von ausschliesslichen Rechten sprechen, als dass sie damit sagen wollen, dass diese Rechte gegen jedwede zukünftige Verletzung von irgend jemand durch die privatrechtliche Unterlassungsklage geschützt sein sollen.[4]) Denn um nur Schadensersatz und Strafen gegen Beeinträchtigungen zu geben, bedarf es nicht der Schaffung absoluter Rechte.

---

[1]) Oertmann § 831, Anm. 3b. Lobe S. 145ff, Niemann S. 39.

[2]) z. B. Lan a. a. O., Lehmann a. a. O., Stephan a. a. O., Oertmann a. a. O., Marcus, Jacobsohn, Rosenthal UWG, Niemann S. 38.

[3]) Vgl. z. B. Komm. der Reichsgerichtsräte, Vorbem. I, zu § 823 BGB, OLG 14,420.

[4]) Vgl. auch Marcus DJZ. 03, S. 172, Stephan S. 97, Ettlinger S. 12.

Es sind endlich noch einige Fälle zu erwähnen, in denen das BGB die Unterlassungsklage gewährt, bei denen sie aber nicht als Folge eines absoluten Rechtes erscheint. § 550 BGB gewährt dem Vermieter die Unterlassungsklage, wenn der Mieter trotz Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch von der Mietsache macht, und dasselbe gilt nach § 581 BGB zum Schutze des Verpächters. Allein hier handelt es sich um Verpflichtungen, die sich aus einem Vertrag ergeben, und derartige vertragliche Unterlassungspflichten können natürlich auf Grund des Princips von der Vertragsfreiheit beliebig vereinbart werden und sind auch klagbar, soweit sie nicht etwa gegen den Sinn eines Gesetzes verstossen oder unsittlich sind. Das wird durch § 241 BGB bestätigt, der ganz allgemein davon spricht, dass die Leistung, die der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses von dem Schuldner zu fordern hat, auch in einem Unterlassen bestehen kann. Die §§ 550, 581 BGB wollen also nur diese an sich schon bestehende Klagebefugnis nochmals regeln oder sie wollen auch vielleicht die allgemeine Klagebefugnis etwas einschränken, nämlich auf die Fälle, in denen der vertragswidrig handelnde Teil zum mindesten von dem anderen schon abgemahnt ist, was hier aber nicht näher untersucht werden kann. Jedenfalls scheiden diese Fälle für unsere Betrachtungen aus, da es sich um vertraglich geregelte Beziehungen handelt, während wir ja gerade die Zulässigkeit der Unterlassungsklage gegen zukünftige unerlaubte, bezw. rechtswidrige Handlungen auch in solchen Fällen untersuchen wollen, wo solche rechtsgeschäftlichen Beziehungen nicht bestehen.

Ebenso verhält es sich mit der letzten im Gesetz geregelten Unterlassungsklage, nämlich der Unterlassungsklage, die nach den §§ 1053, 1068 BGB dem Hauptberechtigten, nämlich dem Eigentümer bezw. dem Inhaber eines sonstigen Rechts gegen den Niessbraucher zustehen. Auch hier handelt es sich nicht um einen absoluten Rechtsschutz gegen jedermann, sondern um den Schutz von Unterlassungspflichten, die sich aus der Natur der festen persönlichen Beziehungen zwischen dem Hauptberechtigten und Niessbraucher ergeben, die im Unterschied von den schuldrechtlichen Unterlassungsklagen hier nur ein für allemal gegeben sind, sodass z. B. Wolff (§117)[1] hier geradezu von einem gesetzlichen Schuldverhältnis spricht. Auch dieser Fall ist somit für unsere weiteren Betrachtungen ohne Bedeutung.

Das Ziel aller Unterlassungsklagen, die Zwangsvollstrekkung, ist durch § 890 CPO einheitlich bestimmt: „Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem

[1]) S. 385, ebenso Eltzbacher S. 77, 78 u. Jacobsohn S. 3.

Prozessgericht erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das Mass der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen. Der Verurteilung muss eine Strafandrohung, welche entweder in dem Urteil enthalten sein muss oder auf Antrag erlassen wird, vorangehen.

Auf Antrag des Gläubigers kann der Schuldner auch zur Sicherheitsleistung für den aus ferneren Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden herangezogen werden".

Endlich bestimmt § 802 CPO für die Urteile auf Dulden, dass der Widerstand des Verpflichteten gegen die zu duldende Handlung des Berechtigten mit Hilfe des Gerichtsvollziehers gebrochen werden kann.

§ 4. Verschiedene Auffassungsmöglichkeiten über das Wesen der Unterlassungsklage. Problemstellung.

Aus den erwähnten Fällen gesetzlich geregelter Unterlassungsklagen in Verbindung mit allgemein logischen Erwägungen ergibt sich folgendes über die Frage nach dem Wesen der Unterlassungsklage.

Unter den allen Unterlassungsklagen zugrundeliegenden Unterlassungsansprüchen unterscheidet man zwischen Ansprüchen auf Nichthinderung eines bestehenden tatsächlichen Zustandes — das sind die eigentlichen Unterlassungsansprüche — und Ansprüchen auf Nichthinderung der Änderung eines bestehenden Zustandes, wenn ein Recht auf diese Änderung besteht — dies sind die sogenannten Duldungsansprüche. Die ersteren gehen auf Unterlassen einer Angriffshandlung, die letzteren auf Unterlassen einer Abwehrhandlung [1]) Beide gehen jedenfalls auf ein Nichtstun und werden daher — zum Unterschied von allen Ansprüchen auf ein Tun — principiell gleich behandelt.

Aus dieser Eigenart des Unterlassungsanspruches ergibt sich dann weiter, dass nie auf Erfüllung eines fälligen Unterlassungsanspruches geklagt werden kann, vielmehr nur auf künftige Unterlassung. Denn ein Anspruch auf ein Nichtstun wird entweder im selben Moment, in dem er fällig wird, erfüllt oder seine Erfüllung ist für alle Zeiten unmöglich und kann nicht wie die Erfüllung der meisten positiven Ansprüche nachgeholt werden.[2]) Die Unterlassungsansprüche haben insofern Ähnlichkeit mit den sogenannten Fixgeschäften.[3]) Bei den Fixgeschäften besteht aber, wie § 376

[1]) Jacobsohn S. 8.
[2]) Fischer S. 551, Hellwig, Anspruch u. Klagerecht, 15, 350.
[3]) Wendt S. 79.

HGB beweist, die Möglichkeit, dass der Schuldner noch später erfüllt und der Gläubiger noch ein Interesse an der verspäteten Erfüllung hat, dagegen ist das bei den Unterlassungsansprüchen undenkbar. Bei diesen kann man auch nicht etwa wie bei den Fixgeschäften mit der Wirkung schon im Voraus auf Erfüllung gemäss § 257 CPO klagen, dass man diese im Momente der Fälligkeit durch die Mittel der Zwangsvollstreckung erzwingt, denn die nachträgliche Erzwingung der Erfüllung der Unterlassung ist aus dem schon angeführten Grunde unmöglich, während sie beim positiven Fixgeschäft sehr wohl denkbar ist.

Die Unterlassungsansprüche können nun in dreifacher Art auftreten,[1]) entweder als Ansprüche auf einmaliges Unterlassen; auf ihre Erfüllung kann nach dem oben Gesagten überhaupt nicht geklagt werden, denn sie werden ja im Momente ihres Entstehens sofort fällig, zu ihren Gunsten kann höchstens eine einstweilige Verfügung getroffen werden. Oder sie sind Ansprüche auf regelmässig oder unregelmässig wiederkehrende Unterlassungen, dann sind sie, soweit sie der Gegenwart und Vergangenheit angehören, nicht klagbar, wohl aber, soweit sie noch in der Zukunft liegen.[2]) Am schwierigsten, zugleich aber am häufigsten sind die Ansprüche auf dauerndes Unterlassen. Diese sind m. E. nicht als eine Summe von wiederkehrenden Unterlassungspflichten anzusehen, denn diese wäre unendlich, sondern als eine einheitliche, ununterbrochene Pflicht, deren Erfüllung aber teilbar ist,[3]) wie das auch bei positiven Dauerhandlungen möglich ist (vgl. Ettlinger S. 20 Anm. 2). Man kann daher trotz der Einheitlichkeit nicht etwa im Anschluss an die oben gemachten Ausführungen sagen, die Klagbarkeit eines solchen Anspruchs sei undenkbar, denn sobald er beginne, werde er fällig, vielmehr sind auch die Ansprüche auf dauerndes Unterlassen klagbar, soweit sie sich auf die Zukunft beziehen, dagegen nicht, soweit sie bereits fällig sind[4]) oder besser in Vergangenheit oder Gegenwart liegen.

Aus dem Wesen des Unterlassungsanspruches erklärt sich zugleich auch die Art der Zwangsvollstreckung der Unterlassungsklagen. Denkbar wäre ja, dass man die Unterlassung durch physischen Zwang durchsetzte, aber dann müsste der Gerichtsvollzieher dem Schuldner, besonders bei dauernden Unterlassungspflichten auf Schritt und Tritt folgen, um ihm im Momente, wo er zuwiderhandeln will, gewaltsam daran zu verhindern.[5]) Das ist

[1]) Vgl. z. B. Wendt, S. 8, Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 253.
[2]) A. A. Jacobsohn.
[3]) So auch Lehmann S. 59ff, Stephan S. 64ff.
[4]) Langheineken S. 248 u. 261, Lehmann S. 93ff.
[5]) Wendt S. 98.

aber praktisch undurchführbar. Die CPO sieht mithin nur solche Mittel vor, die der künftigen Vornahme der verbotenen Handlung vorbeugen sollen.[1]) Daher will und kann die Zwangsvollstreckung nichts anderes als auf den Willen des Verpflichteten einen wirksamen Einfluss ausüben, Zuwiderhandlungen gegen die im Urteil ausgesprochene Unterlassungspflicht zu vermeiden, die verbotene Handlung in Zukunft zu unterlassen. Dies geschieht eben durch Geld- und Haftstrafen. Zu Haftstrafen muss man dabei deshalb greifen, weil die Androhung von Geldstrafen sowohl bei einem ganz Armen, Pfandlosen,[2]) wie bei einem Reichen ihren Zweck verfehlen würde, sodass man ihnen gegenüber ohne Grund machtlos wäre. Dass die Haftstrafe nicht etwa doch als Mittel zur physischen Durchführung der Unterlassungspflicht gedacht ist, ergibt sich schon daraus, dass sie ganz unabhängig von Zeit und Dauer der Unterlassungspflicht ist, also länger und kürzer als diese sein kann und zu ganz anderer Zeit verhängt werden kann. Der Zweck der Strafandrohung in § 890 CPO ist aber auch ein ganz anderer als der in § 888 CPO. Dieser will zwar auch den Willen des Verpflichteten beeinflussen, er kann dabei nur zu diesem Mittel greifen, weil er ja für Handlungen gilt, die von einem Dritten nicht vorgenommen werden können, aber er will den Verpflichteten veranlassen, die begangene Verletzung wieder gut zu machen. die versäumte Erfüllung nachzuholen, während durch die Strafandrohung und die Strafen des § 890 CPO die vergangene Verletzung gar nicht mehr getroffen werden soll und kann, und nur zukünftige Verletzungen verhütet werden sollen.

Die Unterlassungsklage ist also ein Mittel zur Verhütung künftiger Verletzungen und insofern zweifellos ein vorbeugendes Rechtsschutzmittel. Ob aber in dieser Verhütung künftiger Verletzungen ihr einziger Zweck liegt, und ob damit etwas über ihren Grund, ihre principielle Voraussetzung gesagt ist oder nicht, soll im folgenden untersucht werden.

Betrachten wir die Merkmale der verschiedenen gesetzlich geregelten Fälle, so finden wir zweierlei. Einmal wird stets eine schon begangene Rechtsverletzung verlangt, dann aber fast immer die Wiederholungsgefahr, und wo sie nicht ausdrücklich erwähnt ist, muss sie trotzdem, wohl schon aus logischen Gründen gefordert werden, da eine Unterlassungsklage keinen Sinn hat, wenn keine künftigen Zuwiderhandlungen gegen die Unterlassungspflicht zu besorgen sind.[3]) Es wird also verlangt, einmal eine

[1]) Hellwig A. u. Kl. S. 352.

[2]) Vgl. auch Ettlinger S. 8, No. 1.

[3]) A. A. nur Pinner-Eyck S. 12. Allerdings läuft diese Ansicht letzten Endes nur auf eine Umkehrung der Beweislast hinaus, da auch nach ihr der Schuldner mit dem Einwand zu hören ist, dass jede Möglichkeit zur Wiederholung der verbotenen Handlung ausgeschlossen sei.

Handlung in der Vergangenheit und dann ferner eine in der Zukunft zu erwartende Handlung. Es sind danach von vornherein zwei Auffassungen über Grund und Zweck der Unterlassungsklage denkbar. Die eine wird ihr Augenmerk mehr auf die Zukunft, die andere auf die Vergangenheit lenken.

Nach der ersten Ansicht ist die in der Zukunft drohende Verletzung — oder besser das bestehende Recht auf ihre Unterlassung — der Grund der Unterlassungsklage und ihre Verhütung der einzige Zweck. Die begangene Störung wird nach ihr vom Gesetzgeber nur deshalb allgemein verlangt, um willkürlichen Klagen gegen nur irgendwie mögliche Störungen in der Zukunft vorzubeugen, um einen sicheren Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Verletzungsgefahr zu haben. Die begangene Handlung gehört nach ihnen also durchaus nicht zum Wesen der Unterlassungsklage, sie wird vielmehr vom Gesetzgeber nur in ihrer Eigenschaft als sichere Erkenntnisquelle für die Gefahr künftiger Verletzung, als Klagevoraussetzung gefordert. Hier besteht schon von vornherein ein allgemeines Verbietungsrecht, das durch die Verletzung eine bestimmte Richtung erhält und damit klagbar wird.

Die andere Auffassung legt den Hauptwert auf die begangene Rechtsverletzung. Nun kann zwar die begangene Verletzungshandlung nicht mehr rückgängig gemacht werden, wohl aber können die Folgen, oder der Erfolg dieser Handlung beseitigt werden. Die Folgen einer Rechtsverletzung sind nun nicht nur materieller Natur, sodass man sie im Wege der Naturalrestitution oder des Geldersatzes beseitigen kann, sondern vielfach ideeller Natur, indem sie z. B. die begründete Besorgnis weiterer Verletzungen wachrufen und damit vielfach eine geringere Verwertbarkeit des betreffenden Rechtsgutes verursachen. Es ist dabei nicht so sehr an eine allgemein erkennbare objective Wiederholungsgefahr gedacht, denn diese wird oft schon tatsächlichen materiellen Schaden verursachen, der nach den allgemeinen Principien zu beseitigen wäre — als vielmehr an die innere, seelische Unruhe des Berechtigten, seine Rechtsunsicherheit. Dass diese eine nachteilige Folge vieler Rechtsverletzungen sein kann und sehr oft ist, darf nicht bezweifelt werden. Nichts steht aber im Wege, auch diese Folgen, die zwar nicht in Geld abschätzbar und daher auch principiell nicht in Geld ersetzbar sind, zu beseitigen, wenn man geeignete Mittel dazu findet. Als ein solches geeignetes Mittel ist aber die Unterlassungsklage, wie sie heute bei uns geregelt ist, anzusehen. Man beseitigt durch sie die als Folge der Rechtsverletzung eingetretene Beunruhigung, indem man durch Androhung von Strafen gegen den Beunruhiger dem Berechtigten eine Gewähr dafür schafft, dass er künftig nicht mehr gestört wird, wodurch zugleich seine Beunruhigung aufhört. Dies wird in den meisten Fällen sogar das

einzige Mittel zur Beseitigung sein, da man z B. störende Anlagen etc. nur selten mit dauernd sicherndem Erfolg beseitigen kann. Nach dieser Auffassung ist die begangene Verletzung nicht nur Erkenntnisquelle für den eigentlichen Klagegrund, nämlich die drohende Verletzung, sondern sie ist der Klagegrund selbst, wie die begangene Verletzung Klagegrund jeder Schadenersatzklage und auch der meisten Erfüllungsklagen ist. Danach entsteht also der Unterlassungsanspruch neu aus der verletzenden Handlung.

Beide Ansichten verlangen also die Wiederholungsgefahr auf Grund einer Verletzung, die erste aber nur als eine vom Gesetz aus Nützlichkeitsgründen geforderte, nicht principielle, notwendige, die zweite als zum Wesen der Unterlassungsklagen gehörende, principielle und notwendige Voraussetzung.

Die Anhänger der ersten Ansicht werden sich bei ihrem Versuche, die Zulässigkeit einer allgemeinen Unterlassungsklage gegen künftige Rechtsverletzungen nachzuweisen, mit den Erfordernissen begnügen, die das Gesetz in den geregelten Sonderfällen für die begangene Verletzung aufgestellt hat. Sie werden also überall nur eine objectiv rechtswidrige Handlung in der Vergangenheit fordern und versuchen, im Wege der Analogie nachzuweisen, dass eine allgemeine Unterlassungsklage gegen jedwede künftige Störungen auf dieser Grundlage zulässig ist.

Dagegen werden diejenigen, die die begangene Rechtsverletzung als principielle Voraussetzung der Unterlassungsklage fordern, davon ausgehen, dass ein Recht auf Beseitigung der Folgen einer nicht rechtmässigen Handlung i. a. nach unserem Rechte nur besteht, wenn die Handlung schuldhaft war. Darin also, dass die Gesetzgebung in den von ihr geregelten Fällen eine objectiv rechtswidrige Handlung als Voraussetzung der Unterlassungsklage verlangt, werden sie keine Erschwerung, sondern eine Erleichterung der Zulassung der Unterlassungsklage erblicken, die vom Gesetzgeber nur da gemacht ist, wo es sich um den Schutz absoluter Rechte handelt, oder wo dies auf besonderer vertraglicher Vereinbarung beruht. Sie werden also die Unterlassungsklage i. a. nur unter der Voraussetzung schuldhaften Handelns zulassen; und sonst nur bei absoluten Rechten oder vertraglichen Pflichten. Diese haben zugleich einen vernünftigen Grund dafür, warum der Gesetzgeber nur einzelne Unterlassungsklagen geregelt hat, nämlich den Grund, dass man principiell keine Schwierigkeit in der Anwendung der Unterlassungsklage als Erscheinungsform der Schadenersatzklage sah und nur für besonders geartete Fälle eine Erleichterung schaffen wollte.

Denkbar wäre es auch, dass beide Arten der Unterlassungsklagen in unserem bürgerlichen Rechte nebeneinander bestehen könnten, dann müssten sie aber jedenfalls genau abgegrenzt und

hinsichtlich ihrer Voraussetzungen streng auseinander gehalten werden.

Es soll zunächst auf die Ansichten eingegangen werden, die die Unterlassungsklage als rein vorbeugende Klage auf Grund eines von ihnen angenommenen allgemeinen Unterlassungsanspruchs geben, da sie am weitesten gehen und die Behandlung der übrigen Anschauungen überflüssig machen würden. Verbunden damit sollen die Ansichten behandelt werden, die den Kreis der absoluten Rechte erweitern, um dann die Unterlassungsklage für sie anwenden zu können und endlich die, die Unterlassungsklage, soweit sie nicht durch Gesetz ausdrücklich gegeben ist, nur als Erscheinungsform der Schadenersatzklage geben wollen.

II. Kapitel.

Versuche der Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen.

A. Unterlassungsklage auf Grund objectiver rechtswidriger Eingriffe.

§ 5. Das Reichsgericht und die ihm nahestehenden Schriftsteller.

Das Reichsgericht, von dem die Anregungen zur Entwicklung der Unterlassungsklagen ausgehen, hat den Satz, dass auf Grund objectiv rechtswidriger Eingriffe bei Wiederholungsgefahr stets eine Unterlassungsklage zu geben sei, erst allmählich entwickelt. In der ersten bedeutenden Entscheidung des Reichsgerichts über diese Frage nach der Einführung des BGB vom 11. April 1901[1]) hat der VI. Zivilsenat es zunächst ausdrücklich abgelehnt, dass die Naturalrestitution des § 249 BGB zur Begründung einer Unterlassungsklage zu verwerten sei. Dagegen weist er darauf hin, dass das BGB durch die Normierung einer Unterlassungsklage für einzelne besondere Fälle nicht ihre sonstige Zulassung habe ausschliessen wollen. Die §§ 826, 823 BGB regelten zwar nur den Schadensersatz, enthielten aber der Sache nach zugleich den „Ausdruck für eine Verbindlichkeit zur Unterlassung; und wo das Gesetz ein Recht gewähre oder eine Pflicht auferlege, müsse es zugleich die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf, also den Anspruch auf Unterlassung gegen den Verpflichteten im Wege der Klage verfolgen zu können.[2]) Zur Unter-

[1]) RG 48 [114]

[2]) Ähnlich Marcus. Recht 01, ohne nähere Begründung.

stützung der Geltung dieses Satzes bezieht es sich auf zwei frühere Reichsgerichtsentscheidungnn vor dem BGB, die für die Auslegung des Art. 1382 Code civil denselben Grundsatz aufstellen.[1])

Dass besonders § 826 BGB neben dem Schadenersatz noch die Unterlassungsklage gewähren müsse, begründet das Reichsgericht weiterhin damit, dass das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1896 nicht alle Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs habe treffen können, und dass daher die Allgemeinheit des § 826 BGB geeignet und bestimmt sei, diese Lücke auszufüllen, § 826 BGB bedeute daher infolge des inneren Zusammenhanges und gleichen Zweckes der Gesetze eine umfasseude Schutzwehr gegen alle illoyalen Handlungen im Geschäftsverkehr, soweit nicht durch Specialgesetze gegen sie Vorsorge getroffen sei.

Des Reichsgericht lässt es hier noch dahingestellt, ob für diese allgemeine Unterlassungsklage die Analogie der negatorischen Klage zu verwerten sei, und will die Unterlassungsklage zunächst nur „wenigstens da gewähren, wo ein unerlaubtes Handeln bereits verwirklicht wurde, aber weitere Eingriffe zu befürchten seien, wo mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung der verübten bezw. begonnenen Schädigung verhütet werden soll". Es verlangt also noch den vollen objectiven und subjectiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung, sowie selbstverständlich die Gefahr künftiger Schädigungen als Voraussetzung der Unterlassungsklage.

Die hier aufgestellten Grundsätze hat der VI. Senat in der Folgezeit auch für den § 824 BGB angewandt,[2]) und die übrigen Senate[3]), sowie eine grosse Anzahl von Oberlandesgerichten[4]) haben sich ihm angeschlossen.

Erst in der Entscheidung vom 5. Januar 1904[5]) spricht es derselbe VI. Zivilsenat ausdrücklich aus, dass der Unterlassungsanspruch sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen beschränke, dass vielmehr jeder auch nur objectiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht zu einer Klage auf Unterlassung berechtige, wenn weitere Eingriffe zu besorgen seien. Schuldmoment und Wahrung berechtigter Interessen könnten hier aus Gründen der Gerechtigkeit nicht wie beim Schadenersatz in Frage kommen, da man auch gegen künftige objectiv widerrechtliche Eingriffe geschützt werden müsse, gegen die man ja nicht einmal durch Schadenersatzansprüche gesichert sei. Als gesetzliche

[1]) RG 25 [347]ff und RG 38 [372].

[2]) z. B. RG. 56 [236].

[3]) Der II. Senat in JW03 Beil 1, S. 11, der V. Senat in RG 57 [289], ferner Rls in D ZZ 05, S. 314 und JW 05 20, 140, 537.

[4]) OLG 2[472], 5[239], 5[387].

[5]) RG: 60 [6].

Grundlage für diesen Schutz gibt das Reichsgericht hier auch die analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 BGB an, es statuiert hier also eine actio quasi negatoria für gesetzlich geschützte Rechtsgüter.

Der Satz, den das Reichsgericht in seiner ersten Entscheidung über diese Fragen in Bd. 48 aufgestellt hat, dass nämlich das Gesetz überall da, wo es eine Verpflichtung auferlegt oder ein Recht gibt, eine Klage zur Durchsetzung des Anspruchs geben müsse, ist im Gesetze nirgends ausgesprochen. Er ist aber auch keineswegs selbstverständlich, denn sonst hätte es wohl der ausdrücklichen Erwähnung der Unterlassungsklage in §§ 12, 862 BGB usw. nicht bedurft.[1]) Der Satz entbehrt aber auch ferner jeder gesetzlichen Grundlage.[2]) Es ist zwar ohne weiteres zuzugeben, dass kein Grund vorhanden ist, warum die Unterlassungsklage auf die Fälle zu beschränken sei, in denen sie ausdrücklich gegeben ist, vielmehr ist der ihnen allen gemeinsame Gedanke auf alle analog liegenden Fälle, aber nur auf sie auszudehnen[3].) Das Reichsgericht begründet jedoch zunächst seinen Satz ganz unabhängig von einer Analogie mit gesetzlich geregelten Fällen. Es ist dem Reichsgericht ferner auch zuzugeben, dass die §§ 823 ff BGB, indem sie an gewisse schuldhafte Handlungen die Schadenersatzpflicht knüpfen, zugleich die gesetzliche Missbilligung dieser Handlungen enthalten, d. h. indirekt die Verpflichtung aussprechen, sie zu unterlassen oder m. a. W. sekundär eine Verbotsvorschrift enthalten.[4]) Es ist aber falsch, wenn das Reichsgericht die Auferlegung einer Pflicht und die Gewährung eines Rechts gleichsetzt und daran als Folge die Klagbarkeit der in beiden enthaltenen Ansprüche anknüpft. Denn einer vom Gesetz ausgesprochenen Pflicht auch zugunsten Einzelner steht durchaus nicht immer ein Recht gegenüber[5]) und ein solches muss erst vorhanden sein, ehe man überhaupt von Ansprüchen reden kann. Das Reichsgericht verwahrt sich selbst in anderen Entscheidungen[6]) ausdrücklich dagegen, dass alle durch die §§ 823 ff BGB geschützten Rechtsgüter durch diesen Schutz zu Rechten erhoben werden sollen, und mit Recht weist Lehmann[7]) darauf hin, dass der Gegensatz zwischen der generellen, ausdrücklichen Erteilung an den durch eine relative Norm Begünstigten — § 241 BGB — und der speciellen Erteilung eines Anspruchs an die durch gewisse absolute Verbote Begünstigten hierfür sehr beweiskräftig sei. Ebenso ist

[1]) vgl. Lau a. a. O.
[2]) Niemann S. 38.
[3]) Enneccerus 2. S. 669.
[4]) Enneccerus 2 S. 669, Jacobsohn S. 136, bes. auch Lehmann a. a. O.
[5]) Enneccerus 1 S. 160, Niemann S. 36, Oertmann D J Z 04.
[6]) RG. 51[373], 56[275], 58[28], 604.
[7]) S. 121—127 u. S. 226.

es auch der später noch zu erörternde Gegensatz zwischen Recht und rechtlich geschütztem Interesse in § 823 Abs. I und Abs. II. Somit hat das Reichsgericht das Vorliegen von Unterlassungsansprüchen gar nicht dargetan, es hat daher auch keinen Sinn, von der Klagbarkeit dieser gar nicht existierenden Ansprüche zu reden.

Auch der Hinweis darauf, dass § 826 BGB die Lücken des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) auszufüllen habe, ist nicht als richtig anzuerkennen, da § 826 BGB ganz allgemein gilt und nicht gerade für Wettbewerbshandlungen, sodass die Vorschriften, die sich aus dem besonderen Zwecke des UWG ergeben haben.[1]) nicht ohne weiteres auf ihn anzuwenden sind. Abgesehen davon wäre dieser Grund heute, wo wir im § 1 des neuen UWG eine Generalklausel haben, sicher hinfällig.

Dagegen kann ich mich denen nicht anschliessen, die dem Reichsgericht die Heranziehung der früheren Judikatur zum Vorwurf machen.[2]) weil es sich um altes Recht handele und die behandelten Fälle heute unter das UWG fielen. Denn Art. 1382 Code civil trifft die gleichen Bestimmungen wie § 826 BGB, sodass ein auf ihn angewandtes Princip heute für die Auslegung des § 826 BGB sehr wohl verwertet werden könnte. Aber das Reichsgericht hat diesen Satz auch damals schon ohne befriedigende Begründung angewandt, deshalb hilft er ihm auch nicht weiter, da er auf Grund dieser Anwendung sicher noch nicht zum Gewohnheitsrecht geworden ist.

Aber auch die spätere Begründung des Reichsgerichts mit der Analogie der negatorischen Klage scheitert m. E. an der auch vom Reichsgericht selbst festgehaltenen Tatsache, dass die durch § 823ff BGB geschützten Interessen nur Rechtsgüter und keine Rechte sind. Ich habe oben (in § 3 der Arbeit) ausgeführt, dass das Gesetz die Unterlassungsklage abgesehen von den rechtsgeschäftlichen obligatorischen Verpflichtungen., nur zum Schutze absoluter Rechte gibt, wir sind also nicht berechtigt, sie auf andere als absolute Rechte anzuwenden Der einzige Fall, in dem man zweifeln könnte, ob die Unterlassungsklage wirklich zum Schutze eines absoluten Rechts gegeben ist, ist die im UWG. gegebene Unterlassungsklage, aber nach der auch vom Reichsgericht jetzt angenommenen Ansicht handelt es sich auch hier um ein absolutes Recht, nämlich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.[3]) Und selbst wenn man das nicht annehmen wollte, wäre hier die Zulassung der Unterlassungsklage damit zu erklären, dass es sich um Schutz gegen den besonders schwer

[1]) Lau a. a. O.
[2]) Lau, Oertmann a. a. O. Stephan S. 148.
[3]) vgl. oben S. 14, Anm. 1 und Jacobsohn S. 156.

zu treffenden Konkurrenzkampf handelt, und daher nicht auf alle unerlaubten Handlungen anzuwenden.

Eltzbacher[1]) hält die Ansicht des Reichsgerichts deshalb für unrichtig, weil es den Grundsatz aufstelle, dass im heutigen deutschen Recht alle Ansprüche im Zweifel klagbar seien, während das in Wirklichkeit nur für die fälligen Ansprüche zutreffe; auf fällige Unterlassungsansprüche könne aber nicht geklagt werden, aus den auch hier erwähnten Gründen, — deren Klagbarkeit müsse daher besonders dargetan werden. Wie es sich damit verhält, mag ganz dahingestellt bleiben,[2]) denn Eltzbacher würdigt m. E. nicht genügend, dass das Reichsgericht das Vorliegen von Ansprüchen überhaupt nicht dargetan hat.

Enneccerus[3]), der dem Reichsgericht grundsätzlich zustimmt, will die Bestimmungen über die Ausschliessungsrechte nicht wie das Reichsgericht nur deshalb anwenden, weil das Gesetz eine Analogie nicht verneint und das gleiche Rechtsschutzbedürfnis vorliegt, sondern weil er der Ansicht ist, dass das in jenen Vorschriften hervortretende höhere Princip sich nicht auf die Verletzung subjectiver oder gar der Ausschliessungsrechte beschränke, sondern dahin gehe, dass allgemein der drohenden Wiederholung rechtswidriger, andere schädigender Handlungen ein Riegel vorgeschoben werden soll. Allein es lassen sich, wie wir schon ausgeführt haben, für ein solches Princip keine Anhaltspunkte im Gesetz finden[4])

Ein eifriger Verteidiger des vom Reichsgericht entwickelten Grundsatzes ist Fuld.[5]) Er sucht die allgemeine Unterlassungsklage auf Grund eines nur objectiv widerrechtlichen Eingriffs aus dem Wesen der Rechtsverletzung und dem Charakter der unerlaubten Handlung in Verbindung mit dem den §§ 249ff zugrundeliegenden Princip zu erklären.[6]) Er behauptet, aus dem Wesen der Rechtsverletzung folge, dass der Berechtigte Beseitigung des dem Recht widersprechenden Zustandes verlangen könne. Das sei das höhere Princip, das sowohl jeder Schadensersatzklage wie auch der Beseitigungs- und Unterlassungsklage zugrunde liege. Insofern hätten beide Klagen dasselbe Ziel, nämlich die materiellen Folgen der Rechtsverletzung zu beseitigen. Ein Gesetz, das den Schadensersatz gewähre, müsse daher notwendig auch die Unterlassungsklage geben. Er meint aber trotzdem, die Unterlassungsklage richte sich nur gegen die Zukunft und nicht gegen den Erfolg der in der

[1]) S. 86ff.
[2]) vgl. dazu Hedemann, S. 357.
[3]) S. 669, ähnlich auch Plauck.
[4]) vgl. S. 19 letzter Absatz
[5]) So auch Lesser S. 109, Jacobsohn S. 109, ferner Gruchot 47 373 und Sächs. Arch. Bd. 12 S. 25ff. Lobe S. 242, Niemann S. 38.
[6]) Ähnlich jetzt Ettlinger S. 24.

Vergangenheit begangenen Rechtsverletzung, der vielmehr nur für die Schadensersatzklage in Betracht komme.

Die Ansicht Fulds ist nicht sehr klar und vor allem in sich widerspruchsvoll. Denn einerseits soll die Unterlassungsklage sich auf Beseitigung des durch die Rechtsverletzung geschaffenen Zustandes, also gegen deren Folgen richten, dann soll es aber wieder auf den Erfolg nicht ankommen.[1]) Auch die Schlüsse aus dem Wesen der Rechtsverletzung und aus § 249 BGB sind m. E. nicht haltbar. So ist nicht zu verstehen, wie aus dem § 249 BGB eine Unterlassungsklage auf Grund objectiv widerrechtlicher Eingriffe abgeleitet werden soll. Es braucht aber darauf nicht eingegangen zu werden, denn vor allem fehlt auch hier der Beweis, dass es sich in den §§ 823 ff BGB um Verletzung von Rechten, das soll hier heissen: Privatrechten handelt. Fuld setzt hier offenbar stillschweigend voraus, dass jede widerrechtliche Handlung ein Recht verletzen müsse. Das ist aber nicht richtig, denn zum Begriff der widerrechtlichen Handlung gehört nur, dass der Handelnde kein Recht auf die Vornahme hatte, oder dass er gegen ein Verbot verstossen hat, es ist aber nicht erforderlich, dass auch der Verletzte ein Recht auf Unterlassung hatte. Das müsste erst dargetan werden.

Man könnte endlich vielleicht daran denken, dass der Satz des Reichsgerichts, die Unterlassungsklage sei gegen jeden objectiv widerrechtlichen Eingriff zuzulassen, bereits Gewohnheitsrecht geworden sei, weil das Reichsgericht und auch ein grosser Teil der Untergerichte ihn seit 1900 und z. T. schon vorher in ununterbrochener Rechtsprechung anwenden, und weil auch ein grosser Teil der Schriftsteller ihm zustimmen. Davon kann aber nicht die Rede sein,[2]) schon weil ein grosser Teil der Untergerichte den Satz heute noch nicht anerkennen und anwenden, vor allem aber, weil der heftige Widerspruch, der sich in der Wissenschaft von Anfang an gegen ihn erhoben hat, auch heute von vielen Schriftstellern noch aufrecht erhalten wird.

§ 6. Eltzbachers Theorie.

Den Fehler, an dem die bisher behandelten Versuche scheiterten, sucht Eltzbacher[3]) zu vermeiden. Auch er geht von dem auch von uns als richtig anerkannten Obersatz aus, dass in unserem bürgerlichen Recht das Princip herrscht, überall, wo ein Privatrecht verletzt sei und weitere Verletzungen zu befürchten seien, auch eine Unterlassungsklage zu geben und zwar unter den

[1]) vgl. Lehmana S. 223.
[2]) So auch Ettlinger S. 15.
[3]) S. 104ff.

vom Gesetz in den Einzelfällen gemachten Voraussetzungen.[1]) Als Untersatz stellt er dann die Theorie auf: Ueberall, wo eine Rechtsvorschrift jemanden um eines anderen Willen einschränkt, hat dieser ein subjectives Recht. Infolge dieses Untersatzes kommt er zu dem Schlusse, dass überall, wo die Rechtsordnung zu Gunsten eines einzelnen eine Pflicht zur Unterlassung aufgestellt habe, sei es unmittelbar oder mittelbar, dieser unter den bekannten Voraussetzungen, also auf Grund eines objectiv widerrechtlichen Eingriffs und bei Wiederholungsgefahr, einen klagbaren Anspruch auf Unterlassung habe.

Diese von Eltzbacher aufgestellte Rechtstheorie kann aber nicht als richtig anerkannt werden und ist auch fast allgemein abgelehnt worden.[2]) Daher fällt auch seine ganze Schlussfolgerung hin.

Eltzbacher führt seine Theorie des näheren dahin aus, dass solche jemanden um eines anderen Willen einschränkenden Vorschriften sowohl unmittelbar als auch mittelbar und nicht nur in Civilgesetzen, sondern auch in öffentlichen Gesetzen, ausgesprochen sein können. Mittelbar seien solche Vorschriften im BGB vor allem durch die unerlaubten Handlungen gegeben. Denn jede Vorschrift, die jemandem einen Schadensersatz (eine ausgleichende Rechtsfolge) wegen erlittenen Unrechts gewähre, weise notwendig auf eine andere zurück, die dieses Unrecht zu seinen Gunsten verbietet und ihm somit ein Recht auf das entgegengesetzte Tun oder Unterlassen gibt.[3]) Ebenso setze aber auch jedes Strafgesetz, das eine Handlung auch um eines einzelnen willen, wenn auch nicht allein, mit Strafe belegt und jede Vorschrift des öffentlichen Rechts, die ein Verhalten um eines einzelnen willen gebietet, ein solches Privatrecht voraus.[4])

Eltzbacher begeht bei seiner Theorie (ähnlich wie früher Ihering) den Fehler, nur auf den Rechtsschutz zu sehen, ohne nach der Art, wie dieser gewährt wird, zu unterscheiden.[5])

Das, was wir subjectives Privatrecht nennen, ist nichts tatsächlich Vorhandenes, sondern nur eine unumgänglich notwendige Ausdrucks- oder Denkform, in der wir die in der tatsächlichen Rechtsordnung enthaltenen Rechtssätze, die uns die Macht geben, unsere Interessen selbständig nach unserem Willen geltend

---

[1]) Eltzbacher geht hierbei auf die verschiedenen Voraussetzungen bei absoluten und relativen Rechten ein. Wie oben schon ausgeführt ist, können für die vorliegenden Untersuchungen nur die absoluten Rechte in Betracht kommen a. a. Lau a. a. O.

[2]) Ennecerus S. 160 u. S. 667, v. Blume S. 386ff, Ortmann DJZ 04, S. 616ff, Stephan S. 141ff, Lehmann S. 124ff, Lau a. a. O., Niemann S. 34.

[3]) S. 112.

[4]) S. 118.

[5]) Oertmann a. a. O., Maschke, v. Tuhr, Stephan S. 99, Lehmann S. 65ff. S. 119, Lesser a. a. O.

zu machen zusammenfassen.[1]) Wenn uns eine solche Macht von der Rechtsordnung verliehen ist, sprechen wir von einem „Recht", während wir sonst höchstens von einem rechtlich geschützten Interesse oder von einem Rechtsgut sprechen. Diese Macht, unsere Interessen selbständig, meist auf dem Wege der Klage geltend zu machen, ist aber nicht überall vorhanden, wo das Recht ein menschliches Interesse durch Verbote an andere schützt.[2]) sondern sie muss uns von der Rechtsordnung ausdrücklich verliehen sein, d. h. das geschützte Interesse muss vom Gesetz ausdrücklich wie ein subjectives Recht behandelt sein. Wir können also da, wo ein Strafgesetz oder sonst ein öffentliches Gesetz ein Verhalten zu unseren Gunsten unmittelbar oder mittelbar fordert, nicht von unserem „Recht" sprechen, da wie keinerlei Einfluss auf die Durchsetzung dieses Verhaltens haben, die vielmehr lediglich den öffentlichen Organen überlassen ist.[3]) Ebenso verhält es sich aber mit den durch den Schadensersatz für den Fall ihrer schuldhaften Verletzung geschützten Rechtsgütern. Von der Rechtsordnung ist uns nur die Macht verliehen, unseren Schaden selbständig, nach unserer Willkür geltend zu machen, und nur insoweit können wir von einem Recht sprechen, aber nirgends ist uns die Macht ausdrücklich verliehen, diese Rechtsgüter von vornherein gegen drohende Verletzungen selbst zu schützen. Von einem Recht auf Untersagung kann also hier zunächst nicht die Rede sein, da wir sonst ein Rechtsgut ohne gesetzliche Grundlage zu einem Recht erheben würden.

Dass dies der Auffassung des BGB entspricht, geht vor allem aus dem schon erwähnten Gegensatz zwischen Rechten und Rechtsgütern in § 823 Abs. I- und Abs. II hervor. Abs. I spricht von dem Eigentum und sonstigen „Rechten". Hätte man unter „Recht" jede von der Rechtsordnung statuierte Einschränkung jemandes zu Gunsten eines anderen verstanden, wie sie in erster Linie durch die „den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetze" gegeben sind, so wäre es überflüssig und ohne Sinn gewesen, Verstösse gegen solche Vorschriften nochmals ausdrücklich in § 823 Abs. II zu erwähnen.[4])

Es ist auch nicht daran zu denken, dass die in § 823 II, geschützten Interessen erst dadurch zu Rechten auf Unterlassung von Zuwiderhandlungen gemacht worden sind, dass an ihre Verletzung die Folge der Schadensersatzpflicht geknüpft wird. Denn die Pflicht zur Unterlassung dieser Störungen war schon in den Schutzgesetzen ausgesprochen[5]).

[1]) Lehmann S. 97, Maschke, v. Tuhr.
[2]) Enneccerus 1, S. 160.
[3]) vgl. Jacobsohn S. 137ff.
[4]) vgl. Oertmann DJZ 04, S. 620, Lesser a. a. O. Lehmann S. 228, Stephan a. a. O. Niemann S. 35.
[5]) Niemann S. 37.

Aber selbst wenn die Existenz solcher Rechte fälschlich angenommen würde, könnten diese nur gegen schuldhafte Zuwiderhandlungen gerichtet sein, da sich auch nur gegen diese die Schadensersatzpflicht richtet.

Ein weiterer Beweis für die Unhaltbarkeit der Eltzbacher'schen Theorie nach geltendem Recht ist der Gegensatz zwischen Verträgen zu Rechten Dritter und zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB) Bei letzteren ist der Schuldner zweifellos ebenfalls zu Gunsten des Dritten eingeschränkt, aber trotzdem hat nicht dieser, sondern ein anderer das Recht d. h. die Befugnis, den Anspruch zugunsten des Dritten geltend zu machen[1]) (§ 335 BGB). Wenn Eltzbacher[2]) dagegen anführt, dem Dritten komme zwar die Gebundenheit des Verpflichteten zugute, aber sie sei nicht um seinetwillen, sondern allein um des Versprechensempfängers willen da, so ist das eine gekünstelte, nicht klare und nicht brauchbare Auslegung seiner Theorie.

Wie gekünstelt und unrichtig diese Behauptung Eltzbachers ist, zeigt sich deutlich bei der Auflage (§ 1940 BGB), durch die dem Erben durch Testament eine Leistung an einen anderen auferlegt wird, ohne dass diesem ein Recht auf diese Leistung, wie beim Vermächtnis, eingeräumt wird. Auch hier behauptet Eltzbacher[3]) zur Aufrechterhaltung seiner Rechtstheorie, dass der Leistungsempfänger zwar den Vorteil von der Gebundenheit des Erben haben soll, dass diese aber nicht um seinetwillen, sondern um des Erblassers willen bestehe. Da die Verpflichtung aus der Auflage frühestens mit dem Tode des Erblassers entsteht, so müsste dieser also nach seinem Tode nach der Theorie Eltzbachers ein Recht auf Leistung an den Bedachten bekommen, oder wenn Eltzbacher auf diese gekünstelte Auslegung verzichtet und zugibt, dass die Auflage um des Bedachten willen da ist, dann müsste dieser wieder ein Recht haben, was aber gerade dem Gesetz widerspricht.

Aus allen diesen Beispielen ergibt sich die Unhaltbarkeit der Eltzbacher'schen Rechtstheorie für unser geltendes Recht und damit zugleich die Unzulässigkeit der von ihm behaupteten allgemeinen Unterlassungsklage. Diese würde zudem praktisch viel zu weit gehen, da sie ja naturgemäss nicht nur auf die unerlaubten Handlungen beschränkt werden könnte, vielmehr zum Schutze aller gesetzlichen Verbote zugunsten Einzelner gegeben werden müsste.

---

[1]) Oertmann a. a. O. Lesser a. a. O. Maschke a. a. O.
[2]) S. 104.
[3]) ebenfalls S. 104.

§ 7. Die Theorie der Persönlichkeitsrechte. Versuche der Erweiterung des Kreises der absoluten Rechte durch Anerkennung von Persönlichkeitsrechten.

Aus den bisherigen Untersuchungen hat sich ergeben, dass alle Versuche, aus dem geltenden Gesetzesrecht nachzuweiseu, dass durch jede absolute Norm ein Ausschlussrecht oder doch eine Rechtsstellung begründet werde, zu deren Schutz dem Begünstigten eine Unterlassungsklage gewährt sei, als gescheitert gelten müssen. Manche Schriftsteller, die das grundsätzlich anerkennen, glauben in den Vorschriften des BGB wenigstens zum Schutz gewisser Güter, nämlich der sogenannten Persönlichkeitsgüter ein solches Ausschlussrecht anerkannt, zu dessen Schutze sie die Unterlassungsklage geben können. Manche[1]) sprechen von einem allgemeinen Recht der Persönlichkeit, das uns den Genuss unserer eigenen Person und dessen, was mit ihr unzertrennbar verbunden ist, also unseres Lebens, unseres Körpers, unserer Freiheit, unsere Ehre etc. gewährleistet. Andere sprechen von gesonderten Persönlichkeitsrechten auf Leben, körperliche Freiheit, Ehre u. s, w. Dass es sich hierbei stets um Rechtsgüter handelt, die von der Rechtsordnung durch absolute Normen geschützt sind, ist richtig. Aber wie schon oben gezeigt ist, genügt das keineswegs zur Annahme subjektiver Privatrechte. Es lassen sich aber auch keine sonstigen Vorschriften nachweisen, die die Annahme von subjektiven Rechten an diesen Gütern rechtfertigten. Das einzige Argument, das aus dem BGB für diese Auffassung beigebracht wird, ist der Wortlaut des § 823 Abs. I und die Gegenüberstellung von § 823 Abs. I und Abs. II. Man meint nämlich, dass durch die Zusammenstellung von Körper, Freiheit, Eigentum oder sonstigem Recht in Abs. I zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die vier erst genannten Lebensgüter nicht bloss als rechtlich geschütze Interessen im Sinne von § 823 Abs. II BGB, sondern auch als subjective Rechte aufzufassen seien, und hat als Folge davon auch andere persönliche Lebensgüter wie z. B. die Ehre als subjective Rechte aufgefasst. Dieses an sich schwache Argument ist auch nicht als zutreffend zu erachten. Ausgeschlossen erscheint es zunächst, von gesonderten Rechten auf Leben etc. zu sprechen. Denn § 823 Abs. I spricht nur vom Leben etc. Das Leben, den Körper etc. kann man aber nicht, ohne der Sprache Zwang anzutun, als Rechte, wie z. B. das Eigentum bezeichnen. Grammatisch schliessen sich daher die Worte „oder

[1]) z. B. Lehmann S. 120, Regelsberger S. 50.
[2]) z. B. Oertmann a. a. O. Dernburg II S. 383, Staudinger I, S. 26ff, II, S. 595.

ein sonstiges Recht" sicher nur dem Eigentum an.[1]) Man kan aber auch nicht, wie Lehmann, sagen, dass durch § 823 Abs. I ein allgemeines Persönlichkeitsrecht am Genusse der eigenen Person nach verschiedenen Richtungen hin im Gegensatz zu den rechtlich geschützten Interessen des § 823 Abs. II anerkannt werden sollte. Auch nach meiner Ansicht wird zwar durch die Gegenüberstellung von § 823 Abs. I und Abs. II die Auffassung bestärkt, dass das BGB einen scharfen Unterschied zwischen Rechten und Rechtsgütern macht, dieser Gegensatz kommt aber m. E. nur dadurch zum Ausdruck, dass § 823 Abs. I ausser den 4 besonders genannten Rechtsgütern alle (sonstigen) subjectiven Rechte gegen jede schuldhafte Verletzung durch die Schadensersatzpflicht schützt, während § 823 Abs. II demgegenüber Verstösse gegen Schutzgesetze nochmals besonders erwähnen muss, weil es sich bei diesen nur um rechtlich geschützte Interessen und nicht um „Rechte" handelt. Durch die Gegenüberstellung soll aber nicht etwa auch ausgedrückt werden, dass alles, was in Abs. I steht, als „Recht" aufgefasst werden müsste. Die Stellung der vier erstgenannten Lebensgüter in 823 Abs. I ist vielmehr nur so zu erklären, dass diese ebenso wie die subjectiven Rechte, sowohl bei vorsätzlicher wie bei fahrlässiger Verletzung immer eine Schadensersatzpflicht erzeugen, was bei den in Abs. II geschützten Interessen nicht der Fall zu sein braucht. Dass aber die Statuierung einer Schadensersatzpflicht keine „Rechte" voraussetzt, ist oben genügend bewiesen. Es kann also von einer in den Vorschriften des BGB implicite enthaltenen Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes nicht die Rede sein.[2]) Dagegen spricht übrigens auch die Entstehungsgeschichte des BGB[3]). Gegen die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes durch das BGB und die sonstigen bürgerlichen Gesetze spricht endlich auch die besondere Anerkennung z. B. von Namen und Firma als absolute Rechte durch ausdrückliche Gewährung der Unterlassungsklage, was andernfalls überflüssig gewesen wäre.

§ 8. Hellwig.

An dieser Stelle ist noch Hellwig zu erwähnen, der von einigen Schriftstellern[4]) heftig bekämpft wird, weil er die hier behandelte Frage mit Hilfe des § 259 CPO habe lösen wollen, also auf Grund des § 259 CPO eine allgemeine Unterlassungsklage

[1]) Enneccerus I, 2 S. 624.
[2]) vgl. z. B. Blume, Recht 03 [117].
[3]) Enneccerus I, 2, S. 624.
[4]) bes. Eltzbacher S. 85ff, Stephan S. 139, Siber S. 109ff, Ettlinger S. 20.

gegen zukünftige störende Einwirkungen habe zulassen wollen.[1]) Allein diesen Satz hat Hellwig nirgends aufgestellt; er trennt vielmehr scharf zwischen prozessualen und materiellen Klagevoraussetzungen und setzt bei seinen Erörterungen stets die Existenz von bürgerlich rechtlichen Ansprüchen auf Unterlassung schon voraus,[2]) deren Kreis er nicht mit Hilfe des § 259 CPO erweitern will und auf deren materielle Voraussetzung er gar nicht näher eingeht. Vielmehr erblickt er in § 259 CPO die allgemeine Normierung der prozessualen Klagevoraussetzungen für alle Unterlassungsklagen, soweit sie sich auf die durch das bürgerliche Recht begründeten Unterlassungsansprüche stützen, und versucht nachzuweisen, dass § 259 CPO hier an Stelle der Regelung der prozessualen Klagevoraussetzungen in den Einzelvorschriften des BGB tritt, dass eine Unterlassungsklage — immer vorausgesetzt die Existenz eines Unterlassungsanspruches — mithin stets zu geben sei, wenn die Besorgnis der Zuwiderhandlung bestehe, und nicht nur, wenn schon eine Zuwiderhandlung erfolgt ist, oder gar der Schuldner schon abgemahnt ist. Er sieht demnach in der Unterlassungsklage nur ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes[3]) und war daher im Anschlusse an die bisher behandelten Schriftsteller zu erwähnen. Er beschränkt sich aber auf die bereits geregelten Fälle, die er nicht erweitern will[4]), und kommt daher insoweit für die Lösung der von uns behandelten Frage gar nicht in Betracht. Auf seinen Versuch aber, den § 259 CPO als für alle Unterlassungsklagen gültige Normierung der prozessualen Voraussetzungen hinzustellen, kann hier nicht eingegangen werden, da es sich für uns zunächst nur um die Frage der Erweiterung des Kreises der Unterlassungs*ansprüche* handelt und erst in zweiter Linie um die Voraussetzungen ihrer prozessualen Geltendmachung.

Der von Eltzbacher und Siber bekämpfte, zwar auch von niemand aufgestellte Gedanke, § 259 CPO wolle eine neue *allgemeine* Unterlassungsklage schaffen, ist selbstverständlich abzulehnen.[5]) Denn wenn es auch für die Frage, ob eine Vorschrift prozessualen oder materiellen Charakter hat, nicht darauf ankommt, ob sie in der CPO oder in einem bürgerlichen Gesetz steht, so ist doch aus dem Zweck und der Stellung des 259 CPO klar ersichtlich, dass er nicht neue Klagen und damit neue Rechte schaffen,

---

[1]) vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 388ff. Lehrbuch S. 373ff.

[2]) bei Lehrbuch S. 373 Note 38.

[3]) Anspruch u. Klagerecht S. 391.

[4]) So auch Lehmann S. 191, Jacobsohn S. 110, Lesser S. 119, Niemann S. 44 u. Ettlinger S. 18ff. (Hellwig schliesst sich vielmehr in dieser Frage dem Reichsgericht ohne weitere Begründung an, vgl. Lehrbuch S. 373 Note 41).

[5]) so auch Lehmann a. a. O.

sondern nur die alten in einem früheren Zeitpunkt geben soll, damit der Gläubiger sofort nach Fälligkeit die Zwangsvollstreckung betreiben könne.

B. Die Unterlassungsklage als Erscheinungsform der Schadensersatzklage.

§ 9. Ihre Begründung im allgemeinen.

Aus den bisherigen Erörterungen geht hervor, dass sich aus dem geltenden bürgerlichen Recht keine allgemeine vorbeugende Klage auf Unterlassung aller irgendwie gearteten störenden Eingriffe in der Zukunft ableiten lässt. Denn weder ist in den Vorschriften unseres bürgerlichen Rechtes ein allgemeines Princip zu erkennen, das die Unterlassungsklage unterschiedslos zum Schutze aller Rechte und Rechtsgüter gewährt, noch können die durch die Vorschriften des 25. Titels des BGB geschützten Rechtsgüter als Rechte betrachtet werden, sodass man zu ihrem Schutze die Unterlassungsklage im Wege der Analogie zu den anderen absoluten Rechten geben könnte. Es bleibt mithin zur Begründung der wirtschaftlich unbedingt erforderlichen Unterlassungsklage gegen störende Eingriffe aus dem geltenden Recht nur der Versuch übrig, die Unterlassungsklage als Erscheinungsform der Schadensersatzklage zu begründen[1], wie sie auch das Reichsgericht neben seiner schon besprochenen Ansicht jetzt zulässt[2]). Es ist in ihr dann aber nicht mehr ein von den im Gesetz als Folge von unerlaubten Handlungen gegebenen, gänzlich neuartiges, nämlich rein vorbeugenges Rechtsschutzmittel zu erblicken, sondern eben nur eine Anwendungsform des ausgleichenden Rechsschutzmittels der Schadensersatzklage. Ein anderer Ausweg bleibt nicht, da die einzige im Gesetz gegebene Folge der unerlaubten Handlung eben die Schadensersatzpflicht ist. Diese setzt aber einerseits den vollen subjektiven und objektiven Tatbestand voraus und andererseits eine beseitigungsbedürftige Beschädigung. So muss man denn auch als principiell notwendige Voraussetznng der allgemeinen Unterlassungsklage den vollen Tatbestand einer unerlaubten Handlung, nicht nur einen objektiv widerrechtlichen Eingriff fordern[3]). Hierbei ist zu beachten, worauf **Lehmann** mit vollem Recht hingewiesen hat, dass

[1]) Dafür Kohler BR II, S. 484 u. 534. Lehmann S. 232 ff, Oertmann DJZ 04, S. 622f. u. Komm. zum Recht d. Schuldverh. S. 1049. Staudinger, Vorbem. VII, 4 zu §§ 823ff, RG. Komm. Vorbem. 6 b zu §§ 823g, Stephan S. 55ff, Dernburg, Cosack, Komm. d. Reichsgerichtsräte im Princip übereinstimmend auch Lesser.

[2]) RG 56[276], 77[217], 78[210]. JW 13 S. 34.

[3]) so auch Oertmann DJ 04, S 617 u. Niemann S. 47.

[4]) S. 221.

eine Verpflichtung zur Unterlassung von vornherein da ausgeschlossen ist, wo der deliktische Tatbestand gar nicht in einem Verhalten des Ersatzpflichtigen besteht, sondern dieser lediglich wegen eines bestimmten fremde Interessen schädigenden Erfolges haftbar gemacht werden, wie z. B. in den §§ 833, 836 BGB. Die Vorstellung einer Verpflichtung, den Eintritt eines nicht von menschlichem Verhalten abhängigen Erfolges zu unterlassen, ist unmöglich, weshalb diese Tatbestände niemals einen Unterlassungsanspruch als Form des Schadensersatzes erzeugen können und daher auszuscheiden haben. Abgesehen von diesen Fällen aber ist die zu vertretende Schädigung, die durchaus nicht nur eine materielle zu sein braucht, sondern sehr wohl ideeller, moralischer Natur sein kann, überall, wo überhaupt das Bedürfnis nach der Unterlassungsklage auftritt, in der Beunruhigung, der Besorgnis weiterer Störungen zu sehen, oder m. a. W. in dem durch Aufrechterhaltung der in der unerlaubten Handlung liegenden Drohung geschaffenen dauernd schädigenden Zustand[1]). Wie nun der auf Grund dieser Voraussetzungen gegebene Schadensersatzanspruch zu erfüllen ist, bestimmen die §§ 249 ff BGB. In erster Linie ist in § 249 BGB das Princip der Naturalrestitution ausgesprochen. Danach hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Mittel, mit deren Hilfe die Wiederherstellung bewerkstelligt werden kann, sind im Gesetz nicht angegeben, es sind daher alle tauglichen Mittel zugelassen. Wenn somit die Unterlassungsklage geeignet ist, die als Folge vieler unerlaubte Handlungen auftretende Besorgnis vor weiteren Störungen, also den Zustand der Beunruhigung, zu beseitigen oder m. a. W. den Zustand der Beruhigung wieder herzustellen, dann steht nichts im Wege, sie in Anwendung des § 249 BGB zuzulassen. Freilich kann die Durchführung der Unterlassungsklage, der durch das Urteil ausgesprochene Zwang zur Unterlassung, den Zustand der Beruhigung nur mit Wirkung ex nunc d. h. von dem Augenblick an, in dem das das Unterlassungsverbot enthaltende Urteil rechtskräftig und somit das Verbot wirksam wird, wiederherstellen, während sonst durch die Schadensersatzklage alle nachteiligen Folgen der unerlaubten Handlung ex tunc d. h. vom Augenblick der Begehung an beseitigt werden, und zwar soweit das nicht naturaliter geschieht, im Wege der Geldentschädigung. Diese ist nun hier, wo es sich um Beseitigung eines seelischen Zustandes handelt, an sich nicht gut anwendbar, da sich die innere Beunruhigung nicht gut in Geld abschätzen lässt, sie ist aber auch durch § 253 BGB ausdrücklich ausgeschlossen. Denn dieser bestimmt, dass wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen Entschädigung in Geld verlangt werden

[1]) RG (vgl. S. 28 Anm. 2).

könne. Er schliesst also in der Regel den Geldersatz für ideele Schädigungen aus, während er den Schadensersatz in Naturalrestitution nicht erwähnt, sodass dieser auch hier statthaft ist.[1]) Mit der Unterlassungsklage kann daher zwar der moralische Schaden ex nunc, d. h. soweit er sich auf die Zeit nach dem Urteil erstreckt beseitigt werden, aber sicher nicht der ganze moralische Schaden vom Augenblick der Verletzung an. Das spricht aber keinesfalls gegen die Anwendbarkeit der Unterlassungsklage als Schadensersatz, denn sicher kann sich doch ganz allgemein der Geschädigte mit einem Minder statt eines Mehr begnügen, und man kann ein Mittel, das nur geeignet ist, einen Teil des Schadens wider gut zu machen, deshalb nicht als ungeeignet zurückweisen, wie man es wohl könnte, wenn das Mittel über den Zweck des Schadensersatzes hinausginge, also noch weitere, nicht im Rahmen des Schadensersatz liegende nachteilige Folgen für den Ersatzpflichtigen hätte. Man könnte es höchstens als unpraktisch bezeichnen, nämlich dann, wenn man ein besseres Mittel an seine Stelle setzen könnte. Das ist aber hier nicht der Fall. Man könnte ja vielfach daran denken, dass etwa die Beseitigung der störenden, beunruhigenden Anlage ein viel wirksamerer Schutz, ein viel besseres Mittel zur Beseitigung sei. Dem ist aber nicht so. Man denke z. B. an den gewaltigen ideellen Schaden, den ein Grundstücksbesitzer in anständiger Gegend erleiden kann, wenn im Nachbarhause ein Bordellbetrieb eröffnet wird. Was könnte man nun für Mittel anwenden, um den Bordellbetrieb ein für alle Mal zu verhindern? Man kann nicht etwa das Haus einreissen, denn das ginge über das Interesse des in seinen Recht verletzten Grundstückbesitzers weit hinaus. Man könnte also nur dem Inhaber des Bordells durch Zivilurteil das Gebot auferlegen, den Bordellbetrieb einzustellen und dieses Gebot nötigenfalls mit den Mitteln der Zwangsvollstrekkung durchsetzen. Wer kann aber dann den Bordellinhaber hindern, den Betrieb kurze Zeit, nachdem er ihn freiwillig oder gezwungen eingestellt hat, wieder zu eröffnen. Man müsste ihn dann jedesmal von neuem verklagen. Dass dieser Weg aber kein geeignetes Mittel zur Beseitigung der Besorgnis vor Wiedereröffnung des Bordells bildet, ist ohne weiteres ersichtlich. Oder man denke daran, dass jemand von einem anderen durch Zurschaustellen oder Verbreiten von Photographien, Zeichnungen oder Schriften ständig beleidigt oder verhöhnt wird. Dann könnte man wohl alle Exemplare, auch die photographischen Platten oder die Druckplatten vernichten, man könnte aber damit ihre Wiederherstellung nicht verhindern. Gar kein Mittel aber hätte man, wenn jemand mündlich oder tätlich einen andern ständig beleidigt

[1]) Oertmann DJZ 04 a. a. O. auch Staudinger, Vorbem. VII, 4 zu § 823 6b u. § 249 3 RG. Komm, Vorbem. 6c zu § 823. Lesser S. 110, Niemann S, 46.

oder sei es wissentlich oder unwissentlich unwahre Dinge über ihn verbreitet, denn der Widerruf der Beleidigung oder das blosse Versprechen, sie künftig zu unterlassen, sind keine hierzu geeigneten Mittel. In allen diesen Fällen ist nur die Unterlassungsklage geeignet, auf den Verletzer einen wirksamen Einfluss zur Unterlassung weiterer Störungen auszuüben, und mithin dem Gefährdeten die Gewähr der Rechtssicherheit zu bieten. Die in Betracht kommenden Fälle sind auch nicht etwa alle sowieso schon durch Unterlassungsklage geschützt, da es sich um absolute Rechte handelt. Das beweisen insbesondere die zahlreichen Fälle der Beleidigung, soweit sie nicht zu Konkurrenzzwecken geschehen. Man kann aber auch nicht einwenden, dass die Unterlassungsklage deshalb meist überflüssig sei, weil es sich um ohnedies nach öffentlichem Recht strafbare Handlungen dreht. Das ist zunächst durchaus nicht überall der Fall, Dass aber da, wo es zutrifft, die öffentliche Strafandrohung nicht genügt, das zeigt ja gerade der Umstand, dass trotz ihrer, schon eine Verletzung begangen worden ist. Dass sie aber meist oder fast immer sogar ungeeignet ist, das hier erwünschte Ziel zu erreichen, und dass sie daher die privatrechtliche Unterlassungsklage keineswegs überflüssig macht, soll erst weiter unten gezeigt werden.

Mithin erkennen wir, dass die Unterlassungsklage nicht nur als Mittel des Schadensersatzes im Rahmen unseres geltenden Gesetzesrechtes zugelassen werden kann, vielmehr dass man sie als das einzige Mittel zur Beseitigung der Beunruhigung unbedingt zulassen muss.[1])

Man könnte auch der Ansicht sein, dass die Unterlassungsklage über den Zweck des Schadensersatzes weit hinausgehe und deshalb zu versagen sei. Denn der Zweck des Schadensersatzes ist in dem Moment erreicht, in dem der Zustand der Beruhigung wieder hergestellt ist, aber auf Grund des Unterlassungsurteils kann an sich gegen den Beklagten auch dann weiter vollstreckt werden, wenn er Zuwiderhandlungen nach eingetretener Beunruhigung begeht, die mit den früheren in keinerlei Zusammenhang stehen. Z. B. A hat sich mit seinem früheren Freund B verfeindet und ihn daraufhin ständig beleidigt, worauf er zur Unterlassung dieser Beleidigungen verurteilt worden ist. Später haben sie sich wieder versöhnt, um sich nach kurzer Zeit von neuem zu entzweien, und nun nimmt A seine alten Beleidigungen wieder auf. Derselbe Fall kann aber auch im Gebiete der absoluten Rechte vorkommen. M. E. ist jedoch in allen Fällen die Zwangsvollstrekung aus Unterlassungsurteilen überhaupt mit dem Momente ausgeschlossen, in dem die Besorgnis beseitigt oder gänzlich unbegründet wird, wenn also die neuerdings begangenen

[1]) vgl. Lehmann S. 224. Stephan S. 156.

oder zu befürchtenden Verletzungen in keinerlei Zusammenhang mehr stehen mit denen, auf Grund deren das Urteil ergangen ist. Daher geht die Unterlassungsklage auch nicht über den Zweck des Schadensersatzes hinaus.

Man hat noch weiter eine Reihe von gewichtigen Bedenken dagegen erhoben, dass die Unterlassungsklage geeignet sei, die Beunruhigung zu beseitigen. So meint v. Blume[1]) dass ein Nichthandeln keine Veränderung bewirken könne.[2]) Nur positive Massnahmen wie Beseitigung störender Einrichtungen, Vernichtung beleidigender Schriftstücke, Freigabe des in der Freiheit Beschränkten, könnten einen bedrohlichen Zustand beseitigen und daher als Schadensersatz gefordert werden, aber nicht eine Unterlassung. Er meint, dass zu dieser Theorie die Erwägung verleitet habe, dass das auf Unterlassung lautende Urteil vermöge der in ihm enthaltenen Strafanordnung eine Vermehrung der Sicherheit des Verletzten und damit eine Beruhigung für ihn herbeizuführen vermöge.[3]) Dies könne aber nur durch einen Trugschluss die Unterlassungsklage rechtfertigen, da diese einen Unterlassungsanspruch voraussetze, der eben nicht als besondere Erscheinung des Schadensersatzanspruches begründet werden könne. M. E. sind diese Einwendungen hinfällig. Wenn es auch vom philosophischen Standpunkt richtig sein mag, dass ein Nichthandeln keine Veränderung herbeiführen könne, so trifft das, was man eigentlich darunter versteht, doch sehr wohl hierzu. Man versteht nämlich darunter, dass ein Vorgang einen anderen Verlauf genommen hätte, wenn jemand eine bestimmte Handlung, die er in Wirklichkeit unterlassen hat, vorgenommen hätte. Dass das möglich ist, ist ohne weiteres einleuchtend und das genügt allgemein für die Erfordernisse des Kausalzusammenhanges. Das beweisen schon die zahlreichen im Strafrecht anerkannten Unterlassungsdelikte. Es ist aber unmittelbar nachzuweisen. Ein Nichthandeln bezw. die Nichtvornahme einer Handlung kann sehr wohl sogar auf einen körperlichen Zustand von starkem Einfluss sein, wenn ihm nämlich ein Handeln vorausging, was bei unserer Frage ja stets der Fall ist. Z. B. kann jemand, der ständig misshandelt und dadurch körperlich gänzlich heruntergekommen ist, sich wieder erholen, wenn er nicht mehr misshandelt wird. Hier geschieht also sehr wohl durch Nichthandeln eine Veränderung. Noch viel mehr gilt das aber für die für uns in Frage kommenden seelischen Zustände, diese können durch ein Nichthandeln einer anderen Person sowohl beruhigt als auch beunruhigt werden. So wird jeder, der eine Zeit lang irgendwie

[1]) S. 393 ff.
[2]) Ähnlich auch Ettlinger S. 17 a.
[3]) So auch Ettliger S. 17 b.

belästigt wurde, dann aber eine längere Zeit wieder nicht, durch dieses Nichtgeschehen allmählich beunruhigt werden. Wenn nun jemand rechtswidrig und schuldhaft von einem anderen belästigt wird, so hat er kraft der Vorschriften über den Schadensersatz einen Anspruch d. h. ein Recht darauf, daß der andere seine schon ohnedies bestehende Unterlassungspflicht erfülle. Freilich kann dieser Anspruch oder seine klagweise Geltendmachung ihn nicht beruhigen, sondern das kann nur die freiwillige Erfüllung oder die zwangsweise Durchführung dieser Unterlassungspflichten durch Androhung und Verhängung von Strafen bezw. die durch letztere geschaffene Gewähr.[1]) Deshalb ist eines oder das andere nötig, damit der Anspruch seinen Zweck erreiche. Aber darin ist nirgends ein Trugschluß zu erblicken. Vielmehr trifft das bei allen Klagen zu. Denn die Ansprüche können natürlich keine Veränderung bewirken, sondern nur ihre Erfüllung, ob sie nun freiwillig oder auf Grund eines Urteils durch Zwangsvollstreckung erfolgt. Hierbei ist zuzugeben, daß die Zwangsvollstreckung der Unterlassungsurteile nicht immer zum Ziele führen wird, da sie die Unterlassung nicht physisch erzwingen, sondern nur auf den Willen des Verpflichteten einwirken. Es kann aber jede Zwangsvollstreckung bekanntermaßen ergebnislos sein, und diese geringere Kraft der Zwangsvollstreckung ist kein Grund, die Unterlassungsklage als ungeeignet zur Durchführung der Naturalrestitution überhaupt zu verwerfen, da sie ja in den meisten Fällen zum Ziele führt und dies jedenfalls immer kann.

Weiter ist von Eltzbacher[2]) eingewandt worden, daß die Unterlassungsklage deswegen nicht aus § 249 BGB gefolgert werden könne, weil sie als rein vorbeugendes Rechtsschutzmittel sich nur, oder wenigstens ihrem Wesen nach nur auf die Verhütung künftiger Verletzungen beziehe und nicht auf die Beseitigung der Folgen früherer Verletzungen. Es ist zwar richtig, daß die Unterlassungsklage ein Mittel zur Verhütung künftiger Verletzungen ist, es ist aber nicht richtig, daß hierin auch ihr einziger Zweck ist. Vielmehr bezweckt sie in der schon mehrfach angegebenen Weise auch die Ausgleichung vergangener Verletzungen. Daß ein in der Zukunft zu verwirklichendes Verhalten die Folgen eines vergangenen ausgleichen kann, braucht nicht bewiesen zu werden. Diese Tatsache bildet die Grundlage aller Klagen, auch der auf positive Leistungen. Daß aber auch der Unterlassungsklage eine solche ausgleichende Wirkung ihrem Wesen nach zukommt, ergibt ein näheres Eingehen auf die Unterlassungsklagen aus absoluten Rechten und ihren Ausgangspunkt.

[1]) Vgl. auch Niemann S. 46.
[2]) S. 216.

Auch diese sind bestimmt, auszugleichen, nämlich den durch die Verletzung geschaffenen, dem Recht widerstrebenden Zustand zu beseitigen und einen dem Recht entsprechenden Zustand wieder herzustellen, soweit das durch andere Mittel nicht möglich ist. Ein dem Recht entsprechender Zustand verlangt nicht nur die tatsächliche Möglichkeit der Ausübung des Rechts seinem vollen Inhalt nach, sondern er verlangt auch die Sicherheit, in dieser Ausübung nicht gestört zu werden. Das Gesetz will nun dem Inhaber des Rechts die Möglichkeit geben, alle Beeinträchtigungen des Rechts zu beseitigen. Die Beeinträchtigung seiner Rechtssicherheit in dem oben ausgeführten Sinn kann er aber nur mit Hilfe der Unterlassungsklage beseitigen, die ihm auch nur aus diesem Grund und zu diesem Zweck gegeben ist. Daß dies auch die Auffassung unseres Gesetzes ist, ergibt sich einmal daraus, daß bei den absoluten Rechten stets nicht nur die Unterlassungsklage, sondern auch die Beseitigungsklage gegeben ist. Diese ist aber nichts anderes als Naturalrestitution ex nunc. Beide Klagen mußten deshalb stets nochmals erwähnt werden, weil sie gegenüber dem Schadensersatz schon auf Grund objektiver rechtswidriger Eingriffe gegeben werden sollten und andererseits hier auch überall der Geldersatz ausgeschlossen werden sollte, der ebenso wie die Beseitigung der Folgen einer Handlung ex tunc nur als Folge von schuldhaftem Verhalten in unserem Recht erscheint; hier aber sollten nicht alle Folgen der Verletzung schlechthin, sondern nur soweit sie in die Gegenwart hineinreichen und dem Rechtszustand widersprechen, beseitigt werden. Daß man es aber für notwendig hielt, die Unterlassungsklage neben der Beseitigungsklage stets besonders zu erwähnen, kommt daher, daß zur Zeit der Abfassung des BGB noch keinerlei Sicherheit über die theoretische Begründung der Unterlassungsklage herrschte, sodaß ihre Nichterwähnung leicht ihre Nichtanwendung zur Folge gehabt hätte. Daß man sich aber bei Abfassung des BGB darüber klar war, daß Beseitigungs- und Unterlassungsklagen beide denselben Zweck, nämlich den der Beseitigung des dem Recht widersprechenden Zustandes haben sollten, ergibt sich aus den Motiven zum BGB, die dies mehrfach ausdrücklich hervorheben. [1])

Der wahre gesetzgeberische Grund der Zulassung der Unterlassungsklage ist mithin auch bei absoluten Rechten nicht etwa eine irgendwie in der Zukunft mehr oder weniger ernst drohende Verletzung ohne wesentliche Beziehung zur Gegenwart oder Vergangenheit, sondern die Beseitigung eines gegenwärtigen Zustandes als Folge eines vergangenen Tuns. Daß man diese

Folgen des vergangenen Tuns auch dann beseitigen will, wenn dieses auch nicht schuldhaft war, das liegt in der vom Recht anerkannten besonderen Schutzbedürftigkeit der betreffenden Rechtsgüter, die man eben deshalb als „Rechte“ ausgestaltet hat, und deren Rechtsnatur gerade dadurch bestimmt und gewahrt wird, daß sie gegen jede Störung geschützt werden. Dies trifft nun nicht für alle Rechtsgüter zu, sondern nur für die Rechte. Bei jenen hat man eben dieses Bedürfnis nicht anerkannt und sie deshalb nicht zu Rechten gestaltet. Aber jedenfalls beweist dieser Zweck der Unterlassungsklage bei absoluten Rechten, daß diese ganz allgemein zur Beseitigung gewisser Folgen geeignet ist und daher im Rahmen des § 249 BGB angewendet werden kann und, wie wir oben schon gesehen haben, daher zugelassen werden muß.

§. 10. Der Kreis der Anwendungsfälle und die Voraussetzungen der Unterlassungsklage.

Die Schriftsteller, die die auch von uns als richtig erkannte Theorie vertreten, unterscheiden gewöhnlich für die Frage, ob die Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen als geeignetes Mittel des Schadensersatzes zuzulassen sei, 3 Arten von unerlaubten Handlungen, [1]) nämlich diejenigen, die nur der Vergangenheit, ferner die, die auch der Gegenwart und endlich die, die nur der Zukunft angehören. Im ersten Fall, wenn also eine unerlaubte Handlung abgeschlossen in der Vergangenheit liegt, und ihre Wiederholung nicht zu befürchten ist, besteht für die Unterlassungsklage kein Platz, aber auch kein Bedürfnis. Eine bloße Möglichkeit der Wiederholung genügt natürlich nicht, sondern die Besorgnis weiterer Verletzungen muß begründet sein. Dies wird auch nirgends bestritten.

Im zweiten Fall lassen alle diese Schriftsteller die Unterlassungsklage zu, wenn die unerlaubte Handlung noch in die Gegenwart hineinreicht, also entweder eine Dauerhandlung ist, wie z. B. die Freiheitsberaubung, oder eine Mehrheit physischer Handlungen, die durch einheitlichen Plan und Zweck zusammengehalten sind, und daher ein einziges Delikt bilden z. B. gewohnheitsmäßiges oder regelmäßiges Tun, andauerndes Klavierspielen.[2]) Diese Anforderungen werden gewöhnlich an die Zulässigkeit der Unterlassungsklage gestellt. Wenn auch zuzugeben ist, dass in diesen Fällen die Anwendbarkeit der Unterlassungsklage klar zu Tage

[1]) Siehe bes. Oertmann, Staudinger, Komm. d. Reichsgerichtsräte und Lehmann.

[2]) Oertmann

tritt, so sind doch die darin zum Ausdruck kommenden Merkmale m. E. zu eng gefaßt. Denn ein Zustand der Beunruhigung im Hinblick auf die Widerholungsgefahr kann zweifellos, auch wenn es sich nicht um Dauerdelikte handelt, schon durch ein einmaliges Tun hervorgerufen werden. Man denke besonders an die typischen Rechtsverletzungen, wie Patentverletzungen oder unerlaubte Konkurrenzhandlungen, deren auch nur einmaliges Auftreten in hohem Maße die Besorgnis ihrer Wiederholung begründet. Aber selbst jede andere einmalige Rechtsverletzung kann durch die Art und Weise, wie sie begangen wird, diese Besorgnis begründen. Ob dies der Fall ist, ist natürlich bei beiden Arten Tatfrage und daher im Prozeß Frage der Beweisführung. — Die Beweislast, daß die Besorgnis vorliegt hat immer der Kläger [1]) dagegen wird die Pflicht zur Beweisführung stets auf den Beklagten übergehen. — Jedenfalls aber muß das Princip weiter gefaßt werden und die Unterlassungsklage ist immer dann zu geben, wenn durch eine unerlaubte Handlung in der Vergangenheit die Besorgnis weiterer Störungen begründet ist, was eben nach Lage jeden Falles besonders entschieden werden muss.

Wenn endlich im dritten Falle noch gar keine unerlaubte Handlung im Sinne eines vollendeten Eingriffs vorliegt, sondern nur in Aussicht gestellt ist, sei es durch Drohung (turbatio verbis) oder sonstiges Verhalten, dann wird die Unterlassungsklage von den meisten Schriftstellern versagt. Oertmann [2]) begründet dies damit, daß hier von einem Schaden, wenigstens einem ökonomisch merk- und meßbaren, noch nicht die Rede sein könne. Mit Recht ist hiergegen schon von Lehmann [3]) eingewandt worden, daß ein Schaden in diesen Fällen sehr wohl schon vorliegen kann und auch oft vorliegen wird, nämlich die Beunruhigung vor der künftigen Störung, diese ist zwar nie meßbar, sie kann deshalb aber doch beseitigt werden, wie wir schon gezeigt haben und wie auch Oertmann sonst nicht bestreitet. Weiter meint Oertmann, die Unterlassungsklage sei in diesen Fällen nicht mehr repressiv, sondern präventiv, eine solche aber sei nur bei absoluten Rechten zuzulassen. Abgesehen davon, daß wir auch bei absoluten Rechten die Unterlassungsklage für repressiv halten, behält die Unterlassungsklage ihren repressiven Charakter hier schon deshalb, weil wir ja mit ihr die Folgen des drohenden Verhaltens beseitigen wollen. Die Schwierigkeit der Anwendung der Unterlassungsklage als Naturalrestitution liegt hier nicht, wie Oertmann meint, darin, daß noch kein zu beseiti-

[1]) Vgl. RG 78^{210} JW 11, S. 586 No. 31 und Rosenthal S. 68 ff.
[2]) DJZ 04 a. a. O. ferner Rosenthal, L. Z. 1912 S. 610, Komm. d. Reichsgerichtsräte Vorbem. 6a zu § 333 S. 823.
[3]) S. 224.

gender Schaden vorliegt, vielmehr darin, daß wir hier nach bis jetzt herrschender Meinung noch keinen Grund haben, der uns zur Beseitigung des Schadens berechtigt, weil hier noch keine vollendete unerlaubte Handlung, sondern nur ein Versuch oder eine Vorbereitungshandlung oder gar nur bloße Ankündigung einer unerlaubten Handlung vorliegt, und der darin vorhandene Schaden, nämlich die Beunruhigung, nicht auf eine solche unerlaubte Handlung zurückzuführen ist.[1]) Klar ist es nun, daß die Unterlassungsklage sicher dann zuzulassen ist, wenn die Beunruhigung Folge eines vollendeten Versuches einer unerlaubten Handlung ist, oder wenn die Drohung mit einer solchen schon selbst eine unerlaubte Handlung z. B. den Tatbestand der Beleidigung oder Nötigung etc. darstellt. Das wird auch fast allgemein zugegeben. Versagt wird sie aber, wenn es sich um reine Vorbereitungshandlung oder straflose Ankündigung handelt. Das Bedürfnis aber, sie gerade hier zuzulassen, ist meiner Ansicht nach äusserst groß, da gerade die Fälle, in denen eine Drohung eine Beunruhigung hervorruft, äußerst zahlreich sind und nicht einzusehen ist, warum ein Schaden nur beseitigt werden soll, wenn er auf Grund einer vollendeten unerlaubten Handlung im bisherigen Sinn entstanden ist und nicht schon, wenn er in gleicher Weise aus anderen vom Recht nicht zu billigenden Gründen entstanden ist. Das ist natürlich nur möglich, wenn wir in der Drohung selbst schon eine schuldhafte, rechtswidrige Handlung erblicken, Ein rein objektiv widerrechtliches Verhalten genügt natürlich nicht, das ist aber m. E. kein Mangel, da ein solches nur selten vorkommen wird und jedenfalls die etwa vorhandene Besorgnis einer Wiederholung in diesem Falle leicht beseitigt werden kann.

Man hat nun in der Tat schon auf verschiedene Weise zu begründen versucht, daß bereits in der bloßen Androhung einer unerlaubten Handlung eine solche zu erblicken sei. Für das Gebiet der absoluten Rechte und damit für die oben abgelehnten Theorieen hat man dies z. B. damit zu begründen gesucht, daß man die Worte: „Sind weitere Beeinträchtigungen oder Störungen zu besorgen“ (§12, 862, 1004 BGB) als redaktionelle Ungeschicklichkeit erklärte und dahin interpretierte, daß nur die Besorgnis künftiger Beeinträchtigungen vorliegen müsse, und daß der Ausdruck „weitere“ durch die Verbindung mit der vorher geregelten Beseitigungsklage hineingekommen sei.[2]) Eine solche Erklärung ist aber gekünstelt, da sie dem wiederholten klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht. Hellwig hat dasselbe mit Hilfe des § 259 CPO erreichen wollen. Sein Versuch kommt aber hier nicht

[1]) Lehmann a. a. O.
[2]) Isay, Anm. 42 zu § 4 Pat. G.

in Betracht, da er bereits einen bestehenden Anspruch auf Unterlassung voraussetzt, dieser aber für uns erst durch die Zuwiderhandlung entsteht, deren Natur eben ausgelegt werden soll, was mit Hilfe von § 259 CPO nicht angeht.[1]) Diese Versuche führen uns also nicht weiter.

Lesser[2]) hat das Bedürfnis, die Drohung schon selbst als unerlaubte Handlung anzusehen, besonders damit begründet, daß in den meisten Fällen die Besorgnis weiterer Störungen nicht durch die störende Handlung selbst, sondern durch das sie begleitende drohende Verhalten des Störers, das meist in seinen Worten zum Ausdruck komme, verursacht werde, daß also der Kausalzusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung in dem bisher festgehaltenen engen Sinn und der Beruhigung fehlt, weshalb die Unterlassungsklage hier versage, wenn man nicht in dem drohenden Verhalten selbst eine unerlaubte Handlung erblicken wolle. Das bedeutete allerdings eine erhebliche Einschränkung ihres Wertes[3]) und zwar nicht nur für die Fälle, wo nur eine Drohung, sondern auch für die, bei denen der volle Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt. M. E. trifft dies nun bei allen Dauerhandlungen und den typischen Rechtsverletzungen, deren einmaliges Auftreten die Wiederholungsgefahr ohne weiteres begründet, nicht zu, wohl aber wird es meist bei den typisch sich nicht wiederholenden Verletzungen zutreffen. Bei diesen wird die Besorgnis meist ihre Ursache in dem begleitenden bedrohlichen Verhalten des Verletzers haben. Auch diese Fälle lassen es daher als erforderlich erscheinen, schon die Drohung als ersatzbegründende unerlaubte Handlung anzusehen.

Eltzbacher[4]) hält dies für die absoluten Rechte und die nach seiner Theorie bestehenden übrigen Rechte deshalb für ausgeschlossen, weil es keine Vorschrift gibt, die auch schon das Ankündigen von Rechtsverletzungen verbietet. Auch Lesser[5]) gibt zu, daß im Gesetz kein Grund für diese Annahme zu finden sei, er hebt aber mit Recht hervor, daß das Gesetz auch nirgends dagegen spricht, in der ernstlichen Androhung einer unerlaubten Handlung schon selbst eine solche zu erblicken, daß diese Annahme aber logisch sehr wohl möglich sei. Wie sie sich aber mit dem Gesetz auch sehr wohl vereinigen läßt, zeigt er auf folgende Weise. Bei den unerlaubten Handlungen werden

[1]) Gegen die Anwendung des § 259 CPO für Unterlassungsansprüche aus anderen Gründen: Stein, Rechtsschutzvoraussetzungen, S. 119, Lehmann S. 107 ff, Stephan S. 21 ff, Neumann S. 39 ff.

[2]) S. 114.

[3]) So auch Niemann S. 49.

[4]) S. 162.

[5]) S. 113.

zwar keine — relativen oder absoluten — Rechte verletzt, wohl aber rechtlich geschützte Interessen, wie auch ich oben ausgeführt habe. Diese rechtlich geschützten Interessen können nun in gewisser Beziehung den Rechten analog behandelt werden, da sie sich ja beide gegen eine unbestimmte Anzahl von Personen richten. Wenn dieser Satz auch nicht zur Begründung der Unterlassungsklage überhaupt ausreiche, so könne er doch, falls die Zulässigkeit der Unterlassungsklage aus anderen Gründen, hier also als Erscheinungsform der Schadensersatzklage feststehe, die Frage beantworten, ob eine Verletzung dieses rechtlichen Interesses auch schon in der wörtlichen Androhung liege, und ob schon bei einer solchen die Unterlassungsklage gegeben sei. Er sieht nun in der ernstlichen, wörtlichen Androhung einer tatsächlichen Verletzung eines Rechts selbst schon eine Verletzung und kommt daher auf Grund der Analogie zu dieser Annahme auch bei den unerlaubten Handlungen. Er sucht zuvor diesen Satz sowohl für absolute wie relative Rechte nachzuweisen; beruft sich aber bei den absoluten Rechten, auf die es hier zur Analogie wegen der absoluten Natur der in den unerlaubten Handlungen enthaltenen Verbotsnormen [1]) allein oder doch in erster Linie ankommt, ohne weitere Begründung auf die herrschende Meinung. Die von ihm als deren Vertreter angeführten Schriftsteller [2]) begründen den Satz zunächst für die Besitzstörung. Sie weisen zunächst darauf hin, daß die Verfasser des BGB die Annahme, daß eine Besitzbedrohung schon als Störung zu bezeichnen sei, nicht hätten ausschließen wollen, vielmehr die Beantwortung dieser Frage, wie die Motive [3]) ausdrücklich hervorheben, der Praxis und Wissenschaft überlassen wollten. Da außerdem noch ein sehr großes Rechtsbedürfnis dafür bestand, so nahmen sie an, daß das Besitzrecht nicht nur durch Taten, sondern auch schon durch Worte verletzt werden könnte, nämlich durch das Bestreiten des Rechts zum Besitze, vorausgesetzt, daß dieser mit einem förmlichen Verbote weiterer Rechtsausübung oder mit Androhung tatsächlicher Verhinderung verbunden sei. Denn dadurch werde der Besitzer in der Freiheit der Entschliessungen, wie er mit der Sache verfahren werde, beeinträchtigt, er könne also nicht mehr mit Sicherheit auf die Ausübung seiner tatsächlichen Gewalt rechnen, diese sei daher selbst gestört.[4]) Dieselbe Erwägung gelte aber für § 1004 BGB, der dem § 862 BGB nachgebildet sei [5])

[1]) Vgl. RG 57^{356}, 59^{327} OLG 14^{430}.

[2]) Gierke, Dtsch. Privatr: Bd. 2 § 11 Anm. 3); Staudinger Anm. 2 b zu § 858; Biermann Erl. 1 zu § 1004 und Erl. 2 zu § 91 Cosack, II, S. 190, Ziffer 61: A. A. Dernburg III S. 83 u. Hellwig.

[3]) Bd. III. S. 126, vgl. auch Denkschrift S. 112.

[4]) Endemann S. 359, Niemann S. 22.

[5]) Biermann Erl. 2 § 862 BGB.

und könne daher wohl für alle in Frage kommenden Fälle analog angewandt werden. Dagegen ist zunächst nur einzuwenden, daß von einem Bestreiten bei den durch unerlaubte Handlungen geschützten Rechtsgütern natürlich nicht die Rede sein kann. Auf das Bestreiten kommt es aber auch beim Besitz und den anderen absoluten Rechten nicht an, sondern als Störung wäre folgerichtig jede ernstliche Androhnung einer tatsächlichen Verhinderung der Rechtsausübung oder des Rechtsgenusses auch ohne Bestreiten des Rechts anzusehen, da ein Bestreiten allein ohne diese ausdrückliche oder stillschweigende Androhung nicht als Störung in der Ausübung anzusehen ist, wie auch alle Schriftsteller zugeben; denn dadurch ist die tatsächliche Möglichkeit der Rechtsausübung in keiner Weise gestört. Im Übrigen läßt sich nichts Wesentliches gegen diese Ableitung des Satzes einwenden. Aber es fehlt m. E. noch die Begründung der Berechtigung zu dieser Ableitung. Denn nicht alles, was durch Geschichte, System und Zweck eines Gesetzes nicht ausgeschlossen ist, und wofür ein Bedürfnis besteht, darf deshalb zugelassen werden, vielmehr muß dazu eine Grundlage im Gesetze selbst gegeben sein. Eine solche Grundlage läßt sich aber bei unserer Frage, wie wir gleich sehen werden, sehr wohl finden. Ferner erscheint auch die Analogie nicht zwingend, da bei den absoluten Rechten immer nur von „Störungen“ und „Beeinträchtigungen“ die Rede ist, bei denen man sehr leicht die bloßen Drohungen einbegreifen kann, während bei den unerlaubten Handlungen immer von „verletzen“ gesprochen wird, was diese Annahme nicht eben soleicht zuläßt. Die Analogie ist aber auch m. E. überflüssig, wie ebenfalls im Folgenden gezeigt werden soll.

M. E. ist davon auszugehen, daß das Gesetz nirgends eine Definition dessen enthält, was es unter „Beeinträchtigungen“, „Störungen“ und „Verletzungen“ versteht. Es ist also die Aufgabe der Wissenschaft nnd Praxis, diese Begriffe auszulegen und zwar entsprechend den jeweils hervortretenden Bedürfnissen. Gerade darin liegt die ungeheuer wertvolle Möglichkeit, ein Gesetz recht lange zu erhalten, daß man die allgemeinen Rechtsprincipien im Gesetz nicht festlegt, sodaß sie mit den Anschauungen der Zeit fortschreiten können, ohne daß das Gesetz geändert zu werden brauchte. So haben sich denn in der Tat eine Reihe von Gesetzesbegriffen entwickelt und verändert, man denke z. B. nur an den Begriff der Beleidigung, der auch im Gesetz nicht festgelegt ist.

Das Gesetz hat ursprünglich wohl auch bei der Regelung des Schadensersatzes kaum an die von uns behandelte Folge der Beunruhigung gedacht, trotzdem ist es uns möglich, diese als Schaden im Sinne des Gesetzes aufzufassen, da dieses den Begriff

des Schadens nicht festgestellt hat. Ursprünglich hat das Gesetz sicherlich ebenso weder bei den absoluten Rechten noch den unerlaubten Handlungen in der bloßen Drohung eine Verletzung gesehen. Wir sehen aber ein, daß auch durch diese schon der Schaden der Beunruhigung hervorgebracht werden kann, und daß es daher eine Lächerlichkeit wäre, abzuwarten, bis die angedrohte Verletzung eingetreten ist. Wir können daher überall, wo das Gesetz von Beeinträchtigungen, Störungen, Verletzungen von Rechten oder Rechtsgütern spricht, die Drohung schon als solche ansehen. Der Begriff des Rechts und des Rechtsgutes mit seinem vom Gesetz für beide verschieden bestimmten Schutz beschränkt sich danach nicht auf die Möglichkeit ihrer tatsächlichen Ausübung bezw. ihres ungestörten Genusses, sondern erstreckt sich auch auf die Sicherheit, daß diese Möglichkeit auch für die Zukunft weiter bestehe. So verletzt der ernstlich Drohende eben diese Rechtssicherheit und es kann daher von ihm die Beseitigung der durch ihm verursachten Störung durch die von uns als hierzu geeignet erkannte Unterlassungsklage verlangt werden, und zwar bei den für uns in Betracht kommenden Fällen der Androhung von unerlaubten Handlungen, wenn diese Androhung objektiv widerrechtlich und schuldhaft geschieht, während bei absoluten Rechten objektive Widerrechtlichkeit der Drohung, die natürlich immer ernstlich gemeint und auch ausführbar sein muß, genügt. Als widerrechtlich ist aber jede Androhung eines widerrechtlichen Handelns anzusehen, da hierzu keiner berechtigt ist. Was für das wörtliche Androhen gilt, gilt natürlich ebenso für das schriftliche oder das aus Vorbereitungshandlungen zu schließende, selbst wenn diese noch nicht den Anfang der Ausübung einer tatsächlichen Verletzung bilden.[1])

Wir sehen somit, daß im Rahmen des geltenden Gesetzes eine Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen gegen jeden zu geben ist, der durch sein schuldhaftes, rechtswidriges Verhalten, sei es durch eine tatsächlich begangene unerlaubte Handlung oder nur durch Androhung einer solchen die Besorgnis weiterer Störungen hervorgerufen hat.[2])

Durch dieses Ergebnis ist natürlich auch zugleich die oben angedeutete Schwierigkeit behoben, daß die Besorgnis nicht immer durch die unerlaubte Handlung selbst, sondern durch das sie begleitende Verhalten des Handelnden verursacht wird, denn dieses begründet ja schon selbst die Unterlassungsklage. Zugleich

[1]) So jetzt auch RG Komm. Vorbem. 6, I. zu §§ 823 ff.
[2]) Vgl. Kent, § 4 Anm. 310 und 317 und Isay S. 128, a. M. Rosenthal S. 61, Eltzbacher, a. a. O. Oertmann, a. a. O.

ist aber auch die vielfach umstrittene Frage leicht zu entscheiden, ob die Unterlassungsklage sich nur gegen gleiche oder gleichartige unerlaubte Handlungen oder auch gegen sonstige mögliche Verletzungen richtet. Sie geht eben gegen alle Verletzungen, die auf Grund des gesamten schuldhaften Verhaltens des Beklagten irgendwie zu befürchten sind. Die Strafen des § 890 CPO sind allerdings nur gegenüber tätlichen Eingriffen zu verhängen, da § 890 von Zuwiderhandlungen spricht.

III. Kapitel.

Frage der Zulässigkeit von Unterlassungsklagen gegen Handlungen, die durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt sind.

§ 11. Ansicht des Reichsgerichts.

Wie schon oben erwähnt wurde, hat das Reichsgericht die allgemeine Zulässigkeit der Unterlassungsklage in letzter Zeit wieder etwas eingeschränkt.[1]) Es versagt sie nämlich dann, wenn die durch das Urteil zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz schon unter öffentliche Strafe gestellt ist. Das Reichsgericht will aber damit nicht etwa das früher angewandte Princip abändern oder einschränken, es glaubt vielmehr auf Grund dieses Princips die Einschränkung vornehmen zu müssen. Das maßgebende Princip für das Reichsgericht ist jetzt in erster Linie das Rechtsschutzbedürfnis. Dieses liegt nun nach seiner Ansicht nicht vor, wenn die zu unterlassende Handlung im allgemeinen schon mit öffentlicher Strafe bedroht ist.[2])

Das Reichsgericht hat, wie schon mehrfach ausgeführt, abgesehen von der ganz allgemein anerkannten Zulässigkeit der Unterlassungsklage für alle Rechte im Sinne des § 823, I BGB die Unterlassungsklage auf dreifache Art begründet. Nämlich zunächst hat es den Satz aufgestellt: „Überall, wo das Gesetz ein Recht gewährt oder eine Pflicht auferlegt, muß es die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf im Wege der Klage geltend zu machen.“ Diese Begründung ist allmählich zurückgetreten, und neben sie oder an ihre Stelle trat immer mehr die Analogie zu der Unterlassungsklage aus absoluten Rechten. Endlich hat das Reichsgericht die Zulässigkeit der Unterlassungsklage auch als

[1]) Vgl. RG 77^{217}, 8259 ff und RG in JW 11 S. 981 No. 51, JW 13, S. 34 und S. 595 No. 6, JW 12, S. 587, vgl. RG Komm. Vorbem. 6, III zu § 823.

[2]) So auch Lau A. A. O.

Form der Schadensersatzklage eingeräumt. Das oberste Princip war aber für das Reichsgericht, besonders für die durch die 2 ersten Arten gerechtfertigten Unterlassungsklagen auf Grund objektiv widerrechtlicher Eingriffe, das Rechtsschutzbedürfnis. Die Anwendbarkeit der Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen auf Grund des § 249 BGB hat das Reichsgericht sehr gering eingeschätzt, da nach seiner Ansicht nur sehr selten durch eine unerlaubte Handlung ein dauernd beunruhigender Zustand, der beseitigt werden könnte, geschaffen wird,[1]) weshalb nach seiner Ansicht nur selten diese mehr ausgleichende Unterlassungsklage, sondern meist die von ihm sogenannte „erweiterte vorbeugende Unterlassungsklage" in Betracht kommt.

Ursprünglich ist das Reichsgericht nun der Ansicht gewesen, daß die Unterlassungsklage gerade gegen solche unerlaubte Handlungen zu geben sei, die — nicht nur im Allgemeininteresse, sondern zum Schutze von Privatinteressen—unter Strafe gestellt seien.[2]) Diese Ansicht war auch nach allen Begründungen für die Unterlassungsklage ganz folgerichtig, denn hier hatte ja das Gesetz zugunsten einzelner eine Pflicht auferlegt, und die zu unterlassende Handlung bildete außerdem einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. II,BGB sodaß sie schadensersatzpflichtig macht. Die so geschützten Interessen berechtigten aber ja nach Ansicht des Reichsgerichts nach Analogie der absoluten Rechte zur Unterlassungsklage.

Die erste Entscheidung, in der das Reichsgericht die Unterlassungsklage gegen eine strafbare Handlung versagt,[3]) behandelt einen Fall, in dem ein Ehegatte gegen seine Ehefrau und gegen einen Dritten, der mit ihr die Ehe gebrochen hatte, auf Unterlassung weiterer ehebrecherischer Handlungen klagte. Hier handelt es sich zweifellos um einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823, II BGB und zugleich um ein strafbares Delikt, dessen Strafverfolgung aus öffentlich rechtlichen Gründen, weil es dem sittlichen Wesen der Ehe und dem hohen Interesse, das der Staat an der Aufrechterhaltung der Ehe hat, widerspricht, solange ausgeschlossen ist, als die verletzte Ehe noch besteht, noch nicht geschieden ist (§ 172 St GB). Das Reichsgericht hat nun hier die Unterlassungsklage mit der m. E. sehr richtigen Begründung abgelehnt, daß dieselben öffentlich rechtlichen Gesichtspunkte, die für den Ausschluß der Strafverfolgung des Ehebruchs während der Dauer der Ehe maßgebend waren, auch hier der civilrechtlichen Verfolgung durch die Unter-

[1]) JW 13 S. 34 und R. G. Komm. Vorbem. 6 II vor §§ 823 ff BGB.
[2]) Vgl. RG im JW. 00, S. 896, No. 18; 03, S. 128, No. 17; 01 S. 13.
[3]) RG 71^{85} (22. IV. 11).

lassungsklage entgegenständen.[1]) Denn durch diese würde das Interesse des Staates fast ebenso sehr verletzt wie durch die Strafverfolgung. Hier konnte also das Reichsgericht mit Recht sagen, daß das öffentliche Recht der civilrechtlichen Unterlassungsklage im Wege stand, aber nicht in dem Sinne, daß die Unterlassungsklage deshalb zu versagen sei, weil der Ehebruch schon nach § 172 St GB bestraft werden könnte, sondern umgekehrt, gerade deshalb, weil hier auch die öffentliche Strafe keine Anwendung finden kann. Der Fall liegt also ganz anders als die von uns zu behandelnden Fälle.[2]) Trotzdem mußte die Entscheidung erörtert werden, weil das Reichsgericht sie später zur Unterstützung seines schon erwähnten Satzes herangezogen hat.

In späteren Entscheidungen[3]) hat dann das Reichsgericht das Rechtsschutzbedürfnis für die hier fraglichen Fällen verneint. Ein Rechtsschutzbedürfnis zur Unterlassungsklage liegt nämlich nach dem Reichsgericht als Ergänzung der in § 823 ff BGB gegebenen Schadensersatzklagen nur in den Fällen vor, in denen der lediglich Rechtsverletzungen in der Vergangenheit ausgleichende Schadensersatz zu einem wirksamen Rechtsschutz der betroffenen Person nicht ausreicht und ein anderer gesetzlicher Schutz nicht gegeben ist.[4]) Das Schutzbedürfnis liege daher nicht vor, wie schon in RG, 71^{85} ausgeführt sei, wenn das öffentliche Recht einer civilrechtlichen Verfolgung im Wege stehe,[5]) besonders da, wo eine unerlaubte Handlung unter Strafe stehe. Denn diese sei nach Ansicht des Gesetzgebers ein genügender Schutz, und es läge kein Bedürfnis vor, der öffentlich rechtlichen Strafandrohung noch eine civilrechtliche hinzuzufügen. Außerdem begründet aber das Reichsgericht seine Ansicht noch damit, daß die gemäß § 890 CPO anzudrohenden und zu verhängenden Strafen denselben Charakter hätten wie die öffentlichen Strafen. Sie dienten nämlich nicht etwa wie die Strafen des § 888 CPO nur der Willensbeugung, sondern sie seien echte Rechtsstrafen, Sühne für begangenes Unrecht, und dienten dem Zweck der Verhütung künftiger Verletzungen nicht mehr als jede öffentlich rechtliche Strafe, weshalb sie auch nach strafrechtlichen Grundsätzen zu behandeln

---

[1]) So auch Rosenthal UWG, S. 60.

[2]) Für unrichtig halte ich die Argumentation Niemanns (S. 52), daß nach der von ihm ebenfalls als richtig erkannten Theorie der Unterlassungsklage als Naturalrestitution diese hier deshalb ausgeschlossen sei, weil sich die eheliche Reinheit doch nicht wieder herstellen lasse. Das kann und soll sie natürlich auch gar nicht, vielmehr soll sie die Unruhe vor weiteren Ehestörungen beseitigen. Das wäre auch an sich möglich.

[3]) Vgl. S. 42^{1} der Arbeit.

[4]) JW 13 S. 595.

[5]) RG 77^{217}.

seien.[1]) Für eine unter öffentliche Strafe gestellte Handlung könnte es aber nur eine Strafe geben, daher müßte die civilrechtliche Strafandrohung der öffentlich rechtlichen weichen. Es läßt übrigens die Unterlassungsklage trotzdem gegen Verletzungen gegen § 824 BGB zu, da hier nicht nur die durch Strafgesetz geschützte Ehre, sondern die durah § 824 BGB besonders geschützten Rechtsgüter des Erwerbs, Credits und Fortkommens verletzt werden, deren Verletzung nicht immer unter öffentliche Strafvorschrift fallen.

Alle diese Erwägungen stellt das Reichsgericht nur für die erweiterte vorbeugende Unterlassungsklage an, es spricht sich nicht klar darüber aus, ob diese Erwägungen auch für die mehr ausgleichenden Unterlassungsklagen gegen unerlaubte Handlungen auf Grund des § 249 BGB gelten sollen, die nach seiner Ansicht ja meist nicht in Betracht kommen. Aus der Begründung, daß ein Rechtsschutzbedürfuis für die Unterlassungsklage vorliege, wenn der ausgleichende Schadensersatz nicht ausreiche, könnte man ja folgern, daß die als Form des Schadensersatzes gegebene Unterlassungsklage immer zuzulassen sei. Das Reichsgericht scheint diese Frage offen lassen zu wollen.

Anfangs ließ das Reichsgericht es auch dahingestellt, ob die Unterlassungsklage nur da zu versagen sei, wo die strafbare Handlung durch eine Officialklage verfolgt werde, oder auch da, wo sie nur durch Privatklage verfolgt wird und ihre Durchführung daher gänzlich der Privatwillkür überlassen ist. Es hat sich dahin entschieden,[2]) daß dies keinen Unterschied mache und die Unterlassungsklage auch im letzten Fall nicht zu geben sei, da durch die Androhung der öffentlichen Strafe ein wirksamer und nach der Ansicht des Gesetzgebers ausreichender Rechtsschutz gegeben sei.

Das Reichsgericht erklärt aber dann trotzdem die Unterlassungsklage gegen strafbare Handlungen, wahrscheinlich infolge des Widerspruchs der Wissenschaft gegen seine Theorie, nicht schlechthin für ausgeschlossen, es räumt vielmehr ein, daß daneben ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis bestehen könne, das die Unterlassungsklage wieder rechtfertige[3]) z. B. wenn der Strafverfolgung Hindernisse im Wege ständen (z. B. Aufenthalt des Beklagten im Ausland) oder wenn die jedesmalige Strafverfolgung bei Privatklagen dem Verletzten im Einzelnen die Abwehr ungebührlich erschwere und ihm daher gegen die zu er-

[1]) So schon RG 36^{417}, 38^{424} und 53^{153}, auch Gaupp-Stern, Bem. zu § 890 COD.

[2]) JW 13 S. 595 und RG 82^{59}.

[3]) JW 13 S. 595^{6}

wartenden hartnäckigen Angriffe keinen ausreichenden Schutz gewähre, oder auch wohl, wenn der Strafverfolgung einer Beleidigung der § 193 StGB im Wege stehe. [1])

Das Reichsgericht hat demnach schließlich den Grundsatz ausgebildet, daß die Unterlassungsklage in der Regel zu versagen sei, wenn die zu unterlassende Handlung durch ein Strafgesetz schon unter öffentliche Strafe gestellt ist, daß sie aber abweichend von dieser Regel da zuzulassen sei, wo ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis vorliege und dargetan d. h. bewiesen werde, daß sie trotz der principiellen nur öffentlich rechtlichen Strafbarkeit rechtfertige.

§ 13. Eigene Ansicht.

Dem Satz des Reichsgericht kann m. E. auf keinen Fall zugestimmt werden. Gegen ihn sprechen sowohl principielle Bedenken, aus denen heraus seine Begründung widerspruchsvoll und unstichhaltig erscheint, als auch vor allem das Rechtsschutzbedürfnis, das nicht gegen, sondern im Gegenteil zweifellos für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage gegen „strafbare" Handlungen spricht.

Für seine Ansicht hat das Reichsgericht ganz allgemein eine doppelte Begründung gegeben. Einmal liegt nach ihm ein Rechtsschutzbedürfnis nur vor, wenn die Schadensersatzklage nicht ausreicht und kein sonstiger Schutz da ist. Ein solcher Schutz ist aber in der Regel durch die öffentlich rechtliche Strafvorschrift gegeben. Dann aber begründet es seine Ansicht damit, daß für eine Handlung nur eine Strafe angedroht und verhängt werden könnte, und daß mithin die öffentlich rechtliche Strafandrohung keinen Platz mehr für die civilrechtliche lasse.

Die Richtigkeit dieser beiden Sätze soll zunächst ganz allgemein für alle Unterlassungsklagen, gleichviel auf welche Theorie sie sich stützen, untersucht werden und das Resultat soll dann mit den Einzelnen von uns besprochenen Theorieen verglichen werden.

1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage liegt nach dem Reichsgericht zunächst nur vor, wo der lediglich Rechtsverletzungen in der Vergangenheit ausgleichende Schadensersatz nicht zum Schutze ausreicht. An sich wäre es ja möglich, daß das Reichsgericht unter dem Schadensersatz hier auch oder gerade die als Form des Schadensersatzes angewandte Unterlassungsklage meinte, die ja nach seiner Ansicht nur eine geringe

[1]) JW 12 S. 587.

Anwendbarkeit hat. Dann hieße der von ihm aufgestellte Satz nichts anderes, als daß die Unterlassungsklage im allgemeinen zur Ergänzung der speciellen aus § 249 BGB diene. Dann hätte es aber wenigstens für diese die Frage der Zulässigkeit gegen strafbare Handlungen erst klar beantworten müssen. Da dem nicht so ist und auch ganz allgemein von Schadensersatz gesprochen wird, so denkt das Reichsgericht offenbar an den Ersatz des materiellen Schadens. Dessen Beseitigung hat aber mit der des moralischen Schadens der Beunruhigung nicht das geringste zu tun. Dieser kann auftreten, ob nebenbei noch materieller Schaden entstanden ist oder nicht. Die Unterlassungsklage ist unabhängig davon gegeben, wenn die Besorgnis künftiger Störungen begründet ist.

Das Reichsgericht will die Unterlassungsklage ferner dann nicht geben, wenn ein anderer gesetzlicher Schutz vorliegt, sodaß kein Bedürfnis mehr für sie besteht. Steht nun die öffentliche Strafvorschrift als genügender Schutz diesem Bedürfnis entgegen? Das könnte man principiell nur dann bejahen, wenn dieser öffentlich rechtliche Schutz geeignet wäre, die Besorgnis künftiger Störungen zu beseitigen oder gar nicht aufkommen zu lassen. Daß er dazu nicht imstande ist, beweist der Umstand, daß trotz des Bestehens der Strafvorschrift die Besorgnis auch bei gar nicht besonders ängstlichen Menschen auftreten kann und mit vollem Recht sehr oft auftritt, denn es hat sich ja wenigstens in den zahlreichen Fällen schuldhaften Zuwiderhandelns gezeigt, daß die öffentlich rechtliche Strafandrohung den Verletzer nicht von seiner Tat zurückgehalten hat. Und selbst wenn man gegen ihn wegen seiner Verletzung die strafrechtliche Verfolgung einleitet und durchführt, so erhält er nur für die begangene Verletzung eine Strafe, deren Möglichkeit ihm ja schon bei Begehung der Handlung vor Augen stand, und die ihn doch nicht zurückhalten konnte. Und so wird sie es auch in Zukunft nicht können, und man hat daher gegen künftige Störungen kein leicht handhabliches Mittel zur Verfügung, wie es die Unterlassungsklage bieten würde, sondern muß immer von neuem die strafrechtliche Verfolgung einleiten. Aus dem Gesagten erhellt jedenfalls so viel, daß das Reichsschutzbedürfnis keinesfalls für die vom Reichsgerichte gemachte Einschränkung spricht. Daß es aber unbedingt sogar dagegen spricht, soll erst weiter unten gezeigt werden.

2. Hier soll zunächst untersucht werden, ob die zweite Begründung, die das Reichsgericht gibt, richtig ist oder nicht. Richtig ist m. E., daß für denselben Tatbestand aus denselben Gründen nur eine Strafe verhängt werden kann, und daß daher in der Regel auch nur eine solche Strafe angedroht werden darf, andernfalls muß die eine Strafe vor der andern weichen.

Das trifft im Normalfall nur da zu, wo es sich um General- und Specialdelikt handelt. Zweierlei ist aber jedenfalls zu beachten. Für eine einheitliche Handlung können mehrere Strafen angedroht sein, weil sie die Merkmale mehrerer mit Strafe bedrohten Tatbestände umfaßt (Idealkonkurrenz, z. B. Betrug durch Urkundenfälschung). Dann aber können auch für denselben Tatbestand mehrere Strafen angedroht sein und auch verhängt werden, aber diese Strafen müssen dann aus verschiedenen Gründen und zu verschiedenen Zwecken angedroht sein, wie es z. B. beim Bestehen einer Verbrechensstrafe und einer Disziplinarstrafe für dasselbe Delikt der Fall ist.

Der Tatbestand, gegen den sich die öffentlich rechtliche Strafe richtet, deckt sich nun in der Regel schon durchaus nicht mit dem, den die Unterlassungsklage und mithin die civilrechtliche Strafe treffen will. Es ist hier aber nicht etwa an den Tatbestand zu denken, auf Grund dessen die Unterlassungsklage zuzulassen ist, also an den nur objektiv widerrechtlichen nach Ansicht des Reichsgerichts oder auch schuldhaften Eingriff in der Vergangenheit, der die Voraussetzung der Unterlassungsklage bildet. Denn dieser Eingriff in der Vergangenheit soll ja mit der Unterlassungsklage nicht bedroht oder bestraft werden, sondern er ermöglicht nur die civilrechtliche Strafandrohung und kommt für das öffentliche Strafrecht gar nicht in Betracht, da dieses ja seine Strafen ein für alle Mal androht. Vielmehr ist der bedrohte Tatbestand gemeint, dessen Eintritt in beiden Fällen erst die Strafe rechtfertigt. Es ist daher auch nicht richtig, wenn gegen das Reichsgericht geltend gemacht wird, daß es die Einschränkung der Unterlassungsklage gerade da vornehme, wo es sie im allgemeinen auf Grund eines objektiv widerrechtlichen Eingriffs zulasse, daß es sie also gerade für Fälle einschränke, die durch das Strafrecht gar nicht getroffen würden, da dieses sich ja nur gegen schuldhafte Handlungen richte.[1]) Mit dem in diesem Einwand herangezogenen objektiv widerrechtlichen Eingriff kann nur die Voraussetzung der Unterlassungsklage oder besser des Unterlassungsanspruchs gemeint sein, die hier, wie ausgeführt, nicht zum Vergleich herangezogen werden kann. Denn auch die Unterlassungsklage und die in ihrer Folge auftretende Strafandrohung kann sich auch nach der Ansicht des Reichsgerichts nur gegen schuldhafte Handlungen richten, denn nur solche kann man überhaupt verbieten, da man sonst einem Menschen ja etwas verbieten würde, auf dessen Eintritt er keinen Einfluß hat. Und selbst die vereinzelt auftretende Ansicht, daß die Unterlassungsklage sich auch gegen objektiv widerrechtliche Eingriffe richtet, meint damit nur, daß auch solche Zuwiderhandlungen getroffen werden

[1]) So scheinbar Delius a. a. O.

sollen, die nach allgemeinen Gesichtspunkten nur als objektiv widerrechtlich anzusehen seien, bei denen aber hier das Verschulden schon darin zu erblicken ist, daß der Störer trotz Kenntnis oder durch fahrlässige Unkenntnis des Untersagungsurteils gehandelt hat. Das geht schon daraus hervor, daß darüber Einstimmigkeit herrscht, die Strafen des § 890 CPO nur für schuldhafte Zuwiderhandlungen verhängen zu können. Trotzdem aber ist der durch die Unterlassungsklage zu treffende Tatbestand keineswegs identisch mit dem durch das Strafrecht bedrohten. Denn die Frage, ob eine gemäß § 890 CPO zu bestrafende Handlung schuldhaft ist, ist sicher nach civilrechtlichen und nicht nach strafrechtlichen Grundsätzen, wie manche wollen, zu beantworten. Denn durch die Unterlassungsklage soll ja ein civilrechtlicher Schutz geschaffen werden, der daher, soweit irgend möglich, auch nach civilrechtlichen Grundsätzen zu behandeln ist. Daß dies hier unbedingt zu fordern ist, wird sich noch weiter unten aus der Erörterung über Wesen und Zweck der Strafe aus § 890 CPO ergeben. Für das Reichsgericht müßte es sich schon daraus ergeben, daß es die Unterlassungsklage als Ergänzung des hier nicht ausreichenden civilrechtlichen Schutzes durch den Schadensersatz erblickt. Das Maß des civilrechtlichen Verschuldens deckt sich aber keineswegs immer mit dem durch das Strafrecht geforderten.[1]) Das ist ohne weiteres klar, wo das Strafrecht eine Handlung nur bei Vorsatz bestraft, während das Civilrecht auch ihre fahrlässige Begehung verbietet, so vor allem bei der Sachbeschädigung. Das Strafrecht (§ 307 StrGB) kennt nur vorsätzliche Sachbeschädigung, dagegen ergibt sich aus § 823 I BGB, daß das bürgerliche Recht auch die fahrlässige Sachbeschädigung verbietet. In diesem Fall wird nun auch das Reichsgericht die Unterlassungsklage zusagen, da es sich ja hier um ein absolutes Recht handelt. Aber auch ganz abgesehen davon deckt sich das Maß der civilrechtlichen Fahrlässigkeit durchaus nicht immer mit der strafrechtlichen.[1]) Der Culpa-Begriff des Civilrechts ist vielmehr im Gegensatz zum Strafrecht ein rein objektiver oder abstrakter, d. h. von jedem wird ohne Rücksicht auf seine Fähigkeiten das gleiche Maß von Sorgfalt verlangt,[2]) nämlich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB), während für das Strafrecht das geistige Können des Täters für die Frage der Fahrlässigkeit von bedeutendem Einfluß ist.[3]) Vor allem verschafft die Unterlassungsklage den Vorteil, daß der Täter sich jetzt kaum mehr darauf berufen kann, daß ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder bei ordnungsmäßiger Sorgfalt die Möglichkeit dieses Bewußtseins

[1]) Delius a. a. O.

[2]) A. A. jetzt Enneccerus I S. 550 und Leonhard, Festschrift für Enneccerus, 1913.

[3]) v. Liszt, Lehrbuch § 42 II, 1, 2.

gefehlt habe, da dieses ja durch die Kenntnis des Urteils oder seine fahrlässige Unkenntnis ersetzt wird. Diese Fälle, die bei allen Verletzungen vorkommen können, werden also vom Strafrecht nie getroffen. Also trifft das Strafrecht durchaus nicht dieselben Tatbestände wie das Civilrecht.

Mehr noch fällt ins Gewicht, daß die Strafen des Strafrechts und Civilrechts keineswegs gleichartig sind, sondern im Gegenteil wesentlich verschieden hinsichtlich ihres Grundes und Zweckes.[1]) Welcher Theorie über Wesen, Grund und Zweck der Verbrechensstrafe man sich auch anschließen mag, ob man in ihr Vergeltung oder Sühne begangenen Unrechts sieht oder ein Mittel zur Abschreckung anderer oder zur Besserung oder Abschreckung des einzelnen Verbrechers selbst, immer ist allein oder in allererster Linie selbst bei Strafen auf Grund von Antragsdelikten und von Privatklagen, für die Art und das Maß der Strafe das Allgemeininteresse maßgebend und zwar sowohl für deren allgemeine Bestimmung durch den Gesetzgeber als auch für die besondere durch den Richter, soweit er einen Einfluß darauf hat. Dagegen ist es ein nicht begreiflicher Irrtum, zu behaupten, die Strafen des § 890 CPO hätten denselben Grund und Zweck wie die Verbrechensstrafe, für sie sei also ebenfalls das Allgemeininteresse maßgebend, vielmehr kann hier der einzig leitende Gesichtspunkt nur das Interesse des Verletzten sein. Ohne zunächst auf Einzelheiten eingehen zu müssen, ist dies ohne weiteres klar, denn alle durch die CPO gegebenen Mittel der Zwangsvollstreckung dienen lediglich der Bedürfnisbefriedigung der Gläubiger. Daß die Zwangsvollstreckung der reinen Unterlassungsansprüche nicht deren Erfüllung physisch erzwingt, sondern nur im Wege psychischer Beeinflussung zu erreichen sucht, liegt, wie in § 4 der Arbeit ausgeführt ist, an der Eigenart der Unterlassungsklage. Keinesfalls sollen und können die Strafen des § 890 CPO das Recht des Staates oder der Allgemeinheit auf Bestrafung des Rechtsbrechers, wie man es auch begründet, befriedigen, wie es ohne Zweifel die Verbrechensstrafe soll, sondern sie sollen dem Verletzer lediglich im Interesse des Verletzten deutlich vor Augen führen, daß dieser mit der Durchführung seiner Ansprüche auch in Zukunft ernst mache und ihn so veranlassen, diesen Verletzten und nur diesen in Zukunft nicht zu stören.

Daß der § 890 CPO die Strafe nicht als die vom Staat zu fordernde Sühne auferlegt, ist selbstverständlich. Der Einzelne, der Verletzte hat aber nie ein Recht auf Sühne und hat auch meist an dieser nur sehr geringes Interesse. Von Abschreckung anderer durch die Bestrafung oder durch das Androhen der Strafe

[1]) Delius a. a. O.

(Generalprävention) kann ebenfalls nicht die Rede sein, da sich ja das durch die Strafandrohung verstärkte Gebot nur an den Verletzer und nicht an andere richtet. Aber auch auf die Besserung des Einzelnen kommt es der civilrechtlichen Strafe nicht an, dies läge ganz außerhalb des Zwecks der Zwangsvollstreckung. Am ehesten könnte man noch daran denken, daß der Verletzer selbst abgeschreckt werden soll (Spezialprävention). Dies ist auch der Fall. Während er aber durch die Verbrechensstrafe von der Begehung künftiger Delikte überhaupt gegen irgendwelche Personen abgeschreckt werden soll, bezweckt die Strafe des § 890 CPO nur die Abschreckung vor künftigen Verletzungen der einen schon von ihm verletzten Person. Eltzbacher[1]) sieht in der Strafe des § 890 CPO eine Ordnungsstrafe oder besser eine Ungehorsamsstrafe, wie sie in zahlreichen anderen Bestimmungen, z. B. §§ 78, 1788, 1837 BGB, 14, 37, 319, 325 HGB usw., gegeben sei, deren Androhung darauf hinwirken soll, daß ein Gebot des Gerichts oder der sonstigen Behörde Gehorsam finde. In den zum Vergleich herangezogenen Bestimmungen handelt es sich auch in der Tat um derartige Strafen, die solche vom Gericht oder einer anderen Behörde erlassene Gebote schützen sollen, die daher auch stets von den betreffenden Behörden von Amts wegen zu verhängen sind. In unserem Fall können die Strafen aber nur auf Antrag des Verletzten verhängt werden und nicht etwa, um dem richterlichen Verbot Gehorsam zu verschaffen, sondern um dem durch richterlichen Ausspruch festgestellten Anspruch zu seiner Erfüllung zu verhelfen. Meines Erachtens kann daher auch nicht davon die Rede sein, daß § 890 CPO Ungehorsamsstrafen festsetze. Die Strafen des § 890 CPO haben vielmehr eigentlich überhaupt keinen Strafcharakter, sie sind vielmehr lediglich Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, es wäre daher das beste gewesen, wenn das Gesetz den Ausdruck „Strafe“ für sie ganz vermieden hätte. Jedenfalls aber kann nicht davon die Rede sein, daß beide Strafen, die civilrechtliche und strafrechtliche, denselben Charakter hätten, deshalb schließt auch die öffentlich rechtliche Strafandrohung die civilrechtliche nicht aus, da Strafen verschiedenen Charakters sehr wohl für eine Tat nebeneinander bestehen können. Mithin ist auch das zweite Argument des Reichsgerichts hinfällig.[2])

Aus dem verschiedenen Charakter der beiden Strafen ergibt sich jetzt aber auch die unbedingte Notwendigkeit, das Rechtsschutzbedürfnis, die Unterlassungsklage neben der öffentlich rechtlichen Strafandrohung zuzulassen. Denn wie der Grund und Zweck beider Strafen verschieden ist, so ist auch die Strafbemessung im

[1]) S. 202 ff.
[2]) So auch Niemann, § 51.

Einzelfall, je nachdem, ob es sich um die Strafe des § 890 CPO handelt, oder um die öffentlich rechtliche Strafe, gänzlich verschieden.[1]) Denn die zu bestrafende Tat ist von beiden Gesichtspunkten aus ganz verschieden zu bewerten. Für das Strafrecht nämlich ist die Tat als solche in erster Linie, in zweiter Linie die Gefährlichkeit des Verbrechers für die Allgemeinheit zu bewerten. Für die Strafe aus § 890 CPO kommt die Schwere der begangenen Tat als solche m. E. gar nicht in Betracht. Einzig allein maßgebend für die Bemessung der Strafe ist die aus der Zuwiderhandlung sich ergebende Besorgnis weiterer Verletzungen des Klägers. Die schwerste Zuwiderhandlung wäre daher folgerichtig dann nicht zu bestrafen, wenn nach ihr jede künftige Verletzung aus anderen Gründen von selbst ausgeschlossen ist, weil dann jedes Rechtsschutzbedürfnis für diese Strafe fehlt. Denn dann ist der Vollstreckungszweck erreicht bezw. vereitelt. Die verschiedenen Gesichtspunkte führen naturgemäß auch zu den verschiedensten praktischen Ergebnissen. Z. B. ist das Halten eines Bordells als Kuppelei strafbar. Die Allgemeinheit hat aber ein gewisses Interesse, daß gegen diese Einrichtungen nicht zu scharf vorgegangen werde. Deshalb werden die Bordellbesitzer, wenn sie überhaupt strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden, meist mit sehr geringen Strafen bedacht, die auf sie weiter gar keinen tieferen Eindruck machen. Daher wird das Rechtsschutzbedürfnis der Nachbarn in keiner Weise befriedigt, und sie haben ein sehr großes Interesse an der Unterlassungsklage, da sie damit die Bordellinhaber durch hohe Geld- und lange Freiheitsstrafen viel eher zur Unterlassung ihres Betriebes veranlassen können. Selbst bei Privatklagen, z. B. Beleidigungsklagen, überwiegt mitunter das Allgemeininteresse. Dazu kommt noch, daß viele Delikte, die für die Allgemeinheit nicht so gefährlich sind, deshalb schon durch das betr. Strafgesetz mit viel geringeren Strafen als die des § 890 CPO bedroht sind. Da außerdem strafrechtliches Verschulden verschieden von civilrechtlichem ist, kann es in einem Strafverfahren leicht zu einem Freispruch kommen, wo der Civilrichter verurteilen würde. Daß aber die Verbrechensstrafe in der Regel zum Schutze der bedrohten Privatinteressen nicht ausreicht, beweist der Vorschlag des letzten Deutschen Richtertages,[2]) im Strafgesetzbuch eine allgemeine durch den Bedrohten zu betreibende Unterlassungsklage gegen künftige strafbare Handlungen unter denselben Voraussetzungen, unter denen wir die allgemeine Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen im Civilrecht zulassen, einzuführen, mit der Wirkung, daß bedeutend höhere Strafen als die des § 890 CPO, nämlich Gefängnisstrafen

[1]) Delius a. a. O. und Schmitt a. a. O.
[2]) Vgl. Bericht der Frankfurter Zeitung vom 14. September 1913 (Nr. 255).

von 3 Monaten bis zu 2 Jahren für Zuwiderhandlungen als Zusatzstrafen zu den durch die Handlung ohnedies verwirkten Strafen angedroht und verhängt werden. Dieser Vorschlag ist ein starker Beweis für das in der Praxis fühlbar gewordene Rechtsschutzbedürfnis der Unterlassungsklage gegen strafbare Handlungen. Solange wir daher die strafrechtliche Unterlassungsklage nicht haben, müssen wir die civilrechtliche hier unbedingt zulassen.

Prüfen wir nun das gewonnene Ergebnis näher für die verschiedenen Theorien über die Zulässigkeit der Unterlassungsklage gegen unerlaubte Handlungen überhaupt, so finden wir eine Bestätigung des Ergebnisses.

Für die Unterlassungsklage als Form der Schadensersatzklage, wie sie m. E. allein theoretisch zu rechtfertigen ist, steht die öffentliche rechtliche Strafandrohung schon deshalb nicht im Wege, weil es sich hier um die Anwendung eines civilrechtlichen Princips handelt, das von der öffentlichen Strafandrohung gar nicht berührt werden kann. Denn nach § 249 BGB hat man das Recht, alle zur Naturalrestitution geeigneten Mittel anzuwenden. Hier könnte man in gewissen Fällen die Unterlassungsklage höchstens als unpraktisch oder sogar schikanös bezeichnen, wenn sie aus dem Grunde völlig ungeeignet erscheint, weil das Strafrecht im betreffenden Fall einen bedeutend größeren Schutz gewährt, sodaß die durch die Unterlassungklagen angedrohten Strafen sicher keinen Erfolg haben, wenn nicht schon die bedeutend höheren Strafen des Strafrechts auf den Täter abschreckend wirken. Dies trifft aber nur bei ganz schweren Delikten, wie z. B. Mordversuch, zu. Es wird aber von vornherein kein vernünftiger Mensch auf den Gedanken kommen, die civilrechtliche Unterlassungsklage gegen derartige Delikte zu erheben. Principiell wäre auch eine solche Unterlassungsklage zuzulassen, sie ist zu versagen, weil es hier von vornherein ausgeschlossen ist, daß die Unterlassungsklage das vermeintliche Rechtsschutzbedürfnis befriedige. Nach der von mir begründeten Ansicht ist also die Unterlassungsklage ganz unabhängig von einer daneben etwa bestehenden Strafvorschrift als Form des Schadensersatzes stets zuzulassen.

Das Reichsgericht, das ja jetzt die Unterlassungsklage auf dieser Grundlage ebenfalls zuläßt, meint nun, daß diese Anwendungsmöglichkeit der Unterlassungklage sehr gering sei. Merkwürdigerweise glaubt es nämlich das Vorliegen eines dauernd schädigenden, nämlich beunruhigenden Zustandes verneinen und gleichwohl zur selben Zeit die begründete Besorgnis weiterer Störungen bejahen zu können. Das tut es z. B. in dem Fall, wenn jemand bisher nur durch zwei Privatbriefe beleidigt worden ist. Das Reichsgericht verlangt also offenbar für den dauernd beunruhigenden Zustand, daß der Verletzte sich in einem dauernden

Zustand von Angst und Furcht für sein Leben, Eigentum usw. befinde, daß er also keinen ruhigen Moment mehr habe. Ein solcher Zustand ist natürlich nur in gànz seltenen Fällen die Folge einer Verletzung, einen derartigen Zustand braucht man auch gar nicht zu fordern, um § 249 BGB anwenden zu können. Vielmehr liegt ein dauernd beunruhigender Zustand m. E. immer vor, wenn die Besorgnis künftiger Verletzungen besteht, beides fällt stets zusammen, wenn das eine nicht vorliegt, dann kann es auch das andere nicht. Der dauernd beunruhigende Zustand liegt eben hier in dem Gefühl der Rechtsunsicherheit in bezug auf das bedrohte Recht oder Rechtsgut, nämlich die Besorgnis. Daher müßte die Unterlassungsklage aus § 249 BGB auch von dem Reichsgericht folgerichtig immer zugelassen werden, so oft durch schuldhaftes Verhalten die Besorgnis künftiger Verletzungen begründet ist. Da diese Besorgnis nun m. E. in den meisten Fällen durch schuldhaftes und nicht bloß objektiv widerrechtliches Verhalten erzeugt wird, so wird die vom Reichsgericht verfochtene Theorie überhaupt in den seltensten Fällen praktisch werden können.

Aber auch in den seltenen Fällen, wo das Reichsgericht die Unterlassungsklage nur wegen eines vorliegenden objektiv widerrechtlichen Eingriffes zulassen kann, komme ich zu demselben Ergebnis. Zunächst ergibt sich das für mich schon daraus, daß ich auch in dieser Unterlassungsklage eine Beseitigungsklage im wahren Sinne sehe, sodaß hier dieselben Erwägungen wie bei § 249 BGB gelten. Aber auch abgesehen davon trifft dasselbe für das Reichsgericht deshalb zu, weil es die Unterlassungsklage ja im Wege der Analogie zu den gesetzlich geregelten Fällen begründet.[1]) Diese geben die öffentlichrechtliche Strafandrohung z. T. ausdrücklich für dieselben Fälle, für die sie die Unterlassungsklage bestimmt haben (vgl. z. B. das UWG und die Urhebergesetze) oder sie schließen sie wenigstens nicht aus (so die §§ 12, 862, 1004 BGB usw.). Schon in den Fällen, wo beide ausdrücklich nebeneinander gegeben sind, liegt hierfür kein nur für diese geltender besonderer Grund vor, sondern nur die allgemein gültige Erwägung, daß die strafrechtliche und die civilrechtliche Verfolgung nach ganz verschiedenen Gesichtspunkten zu geschehen haben und auch in der Tat geschehen. Aber auch im zweiten Fall zum Schutze der absoluten Rechte, die die Unterlassungsklage schlechthin zulassen, ist sie auch da zu geben, wo sie sich gegen eine zugleich „strafbare“ Handlung richtet. Denn wenn das Gesetz sie hier hätte einschränken wollen, so hätte es das unbedingt zum Ausdruck bringen müssen. Das ist aber nicht geschehen, es kommt auch nirgends zum Ausdruck, daß die Unterlassungsklage nur zuzulassen sei, wenn auch in dem be-

[1]) Niemann, S. 91.

treffenden Falle wirklich ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt. Ein solches muß natürlich vorliegen, aber nicht nur hier, sondern bei allen Klagen, sonst stände ihrer Durchführung § 226 BGB im Wege. Also wie bei den ausdrücklich geregelten Fällen kein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage gefordert wird, diese vielmehr stets unabhängig von einer daneben bestehenden öffentlich rechtlichen Strafandrohung zuzulassen ist, so muß dasselbe für die Unterlassungsklage gelten, die im Wege der Analogie zu ihnen gegeben wird, da kein Moment gefunden werden kann, das hier vorläge, dort aber nicht.

Zu diesen allgemeinen Erwägungen kommen noch eine Reihe von Specialgründen, die das allgemeine Bedürfnis nach der Bejahung der hier behandelten Frage beweisen oder zum mindesten dartun, daß die Fälle, in denen sogar ein besonderes Interesse dazu vorhanden ist, so zahlreich sind, daß das Reichsgericht schon deshalb das Verhältnis von Ausnahme und Regel umkehren müßte. Z. B. besteht selbst da, wo die öffentlich rechtliche Strafverfolgung vielleicht zum Ziele führen könnte, eine nur allzu begreifliche Scheu des Verletzten, eine Privatklage zu erheben, oder eine Strafanzeige zu machen, zu der er nicht etwa verpflichtet ist.[1]) Daß die Zulässigkeit der Unterlassungsklage nur neben der Privatklage oder dem Antragsdelikt, aber nicht gegenüber dem sonstigen Offizialverfahren zu unheilbarer Verwirrung führen würde, hat Delius[2]) nachgewiesen. Die Unterscheidung ist aber inzwischen vom Reichsgericht fallen gelassen worden. Die Scheu vor Strafanzeige ist aber aus folgenden Gründen sehr wohl berechtigt. Hat der Verletzte einmal Strafanzeige gemacht, dann hat er keinen Einfluß mehr auf das Verfahren,[3]) die Strafe wird dann auch ohne und sogar gegen seinen Willen verhängt, und das widerspricht oft seinem Interesse, besonders im Geschäftsverkehr. Denn es genügt oft, mit einem wirksamen Mittel zu drohen. Ein solches Mittel hat man in dem vollstreckbaren Unterlassungsurteil. Die Strafverhängung kann man hier möglichst hinausschieben und seinen Zweck ohne sie erreichen, ohne sich jede Aussicht einer zukünftigen, oft sehr notwendigen Geschäftsverbindung zu verschließen. Demgegenüber ist das rechtmäßige Drohen mit einer Strafanzeige kein wirksames Mittel, da sie meist nicht so ernst genommen wird. Der Erfolg der Anzeige aber erzeugt auf seiten des Angezeigten Feindschaft und Haß. Ferner ist in den Fällen, in denen bei Antragsdelikten ausnahmsweise, bei Privatklagen stets die Möglichkeit besteht, den Strafantrag zurückzuziehen, die Möglichkeit der Strafverfolgung für immer verscherzt, wenn der

[1]) Schmitt a. a. O.
[2]) Delius a. a. O.
[3]) Schmitt a. a. O.

Antrag einmal zurückgezogen ist. Auch dieser Nachteil trifft bei der Unterlassungsklage nicht zu.

Weiterhin verjährt die Möglichkeit der Strafverfolgung in vielen Fällen schneller als der Unterlassungsanspruch.[1]) Endlich müßte man bei der Erhebung einer Unterlassungsklage stets befürchten, daß vielleicht eine Strafvorschrift besteht, die die Anwendung der Unterlassungsklage ausschließt, sodaß man kostenpflichtig abgewiesen würde.

Sehr gewichtig erscheint es auch, daß juristische Personen als solche strafrechtlich nicht verfolgt werden können,[2]) daß man sie aber, wie allgemein anerkannt ist, auf Unterlassung verklagen kann. Richtiger Ansicht nach können auch die Geldstrafen des § 890 CPO ohne weiteres gegen sie verhängt werden, da man sehr wohl durch sie auf den Willen der in der juristischen Person vereinten Menschengemeinschaft einwirken kann und sie auch als solche, d. h. in der Gesamtheit, trifft. Allerdings halte auch ich es für unzulässig, die Haftstrafe gegen die verantwortlichen Vorstandsmitglieder zu verhängen,[3]) wenn nur die juristische Person als solche und nicht auch nebenher der Vorstand selbständig verklagt ist. Aber selbst wenn man überhaupt die Vollstreckbarkeit der Unterlassungsurteile gegen juristische Personen leugnet, hat man doch wenigstens in der Klagemöglichkeit ein moralisches Mittel, um auf den Willen der Gesellschaft einzuwirken, dessen Wirksamkeit im UWG noch dadurch erhöht wird, daß der Verletzte das Recht der Publikation des Urteils hat.[4]) (§ 23, Abs. IV, UWG.)

Endlich besteht ja auch gemäß § 890 CPO das Recht, nach erfolgter Zuwiderhandlung gegen das Urteil Sicherheitsleistung zu verlangen, aus der man sich für den aus künftigen Verletzungen etwa entstehenden Schaden schadlos halten kann. Auch dieser Vorteil ginge in all den zahlreichen Fällen grundlos verloren,[5]) in denen auch eine Strafvorschrift besteht, und zugleich ist die Existenz dieses Rechts auf Sicherheitsleistung ein starker Beweis für den von der öffentlich rechtlichen Strafandrohung gänzlich verschiedenen Charakter der Unterlassungsklage.

Solche Specialgründe ließen sich noch beliebig vermehren, sie bestätigen aber nur die Richtigkeit unserer allgemeinen Erwägungen über diese Frage, speciell sprechen sie für das Vorliegen eines allgemeinen Bedürfnisses zur Unterlassungsklage neben der öffentlich rechtlichen Strafandrohung.

[1]) Vgl. Schmitt a. a. O.
[2]) Delius a. a. O. Schmitt a. a. O.
[3]) A. A. das Kammergericht, vgl. Delius a. a. O.
[4]) Schmitt a. a. O.
[5]) So auch Niemann, S. 52.

Ich komme daher zu folgendem Ergebnis: Die Unterlassungsklage ist im allgemeinen auch gegen solche Handlungen zulässig, die schon durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt sind. Ausnahmen von dieser Regel sind aus praktischen, nicht principiellen Gründen höchstens da zu machen, wo wegen der Schwere des befürchteten Delikts und der damit zusammenhängenden Höhe der auf Grund des öffentlichen Rechts angedrohten Strafe die Unterlassungsklage von vornherein als untauglich erscheint, die befürchteten Eingriffe zu verhindern und damit die Besorgnis zu beseitigen. Diese Ausnahmefälle, die die Notwendigkeit der Einführung einer mit stärkeren Mitteln arbeitenden Unterlassungsklage in das Strafrecht zeigen, schränken aber das Gebiet der civilrechtlichen Unterlassungsklage praktisch kaum ein, da bei ihnen sowieso kein Mensch auf den Gedanken kommen wird, eine civilrechtliche Unterlassungsklage zu erheben.

Lebenslauf.

Ich, Karl Alfred Goldschmidt, bin am 14. August 1890 zu Frankfurt am Main als Sohn des Kaufmanns Sally Goldschmidt und seiner Ehefrau Leontine, geb. Goldschmidt, geboren. Nach Absolvierung der Vorschule besuchte ich 3 Jahre lang die Realschule der israelitischen Religionsgesellschaft, sodann 6 Jahre lang das Königliche Kaiser-Friedrich-Gymnasium in meiner Vaterstadt, wo ich Ostern 1909 die Reifeprüfung bestand. Von Ostern 1909 bis Ostern 1912 studierte ich nacheinander an den Universitäten Heidelberg, München, Berlin und Marburg die Rechtswissenschaften und bestand sodann am 13. Juli 1912 vor der Königlichen Prüfungskommission in Cassel das Referendarexamen. Am 29. Juli 1912 trat ich im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt am Main den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar an und war zunächst 9 Monate bei dem Amtsgericht in Camberg beschäftigt. Zurzeit befinde ich mich bei der Königlichen Staatsanwaltschaft in Frankfurt am Main. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 27. Mai 1914 ab.